

Verschlechterungsverbot und Widerruf
bei der
Strafaussetzung zur Bewährung

Jürgen Parchmann

1967

VERSCHLECHTERUNGSVERBOT UND WIDERRUF
BEI DER STRAFAUSSETZUNG ZUR BEWÄHRUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Jürgen P a r c h m a n n

München 1967

Referent: Professor Dr. P. BOCKELMANN

Correferent: Professor Dr. K. ENGISCH

Tag der mündlichen Prüfung: 15. 2. 1967



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	1
A. Erster Hauptteil: Strafaussetzung und Verschlechterungsverbot	2
I. Das Problem	2
II. Die Aberkennung der Strafaussetzung als Urteils- änderung in Art oder Höhe der Strafe	3
1. Die Lösungen aus der Rechtsnatur der Straf- aussetzung	3
a) Strafaussetzung als Gnade	4
b) Strafaussetzung als Vollstreckungsanordnung	6
c) Strafaussetzung als besondere Strafart	7
d) Strafaussetzung als Änderung der Strafhöhe	7
e) Strafaussetzung als Änderung der Strafschwere	8
f) Kritik	8
2. Die Lösung aus dem Zweck des Verschlechterungs- verbotes	9
a) Der risikolose Rechtsmittelgebrauch als Zweck	9
b) Verwirkung als Grundgedanke des Ver- schlechterungsverbotes	11
c) Die Geltung für alle im Urteil angeordneten Maßnahmen	13
d) Ergebnis	15
III. Die Aberkennung der Strafaussetzung als "Nachteil"	15
1. Der Maßstab zur Ermittlung eines Nachteils	15
2. Strafaussetzung als belastende Vollstreckungs- maßnahme	17
3. Die Strafaussetzung als Milderung	20
IV. Einzelfälle	24
1. Aberkennung der Strafaussetzung bei gleich- zeitiger Strafmilderung	24
a) Das Problem	24
b) Der Ausgleich von Deliktsfolgen im allgemeinen	26
c) Die Lösung für die Strafaussetzung	28

	Seite
2. Erstmaliges Aussetzen im Berufungsurteil bei Verschärfung der Strafe	31
3. Die Aberkennung der Aussetzung bei Bekannt- werden von Widerrufsgründen	32
a) Das Problem und der Stand der Meinungen	32
b) Die möglichen Widerrufsgründe	37
c) Der "Widerruf" durch das Rechtsmittelgericht	38
d) Die Widerrufsgründe nach § 25 Abs. II Ziff. 4	38
e) Die Widerrufsgründe nach § 25 Abs. II Ziff. 1	42
4. Die Verschärfung der Auflagen	45
 B. Zweiter Hauptteil: Der Widerruf der Strafaussetzung	 47
I. Die Einteilung der Widerrufsgründe	47
II. Der Widerruf bei zu Unrecht erfolgter Aussetzung (§ 25 Abs. II Ziff. 1)	 47
1. Das Problem	47
2. Das Verhältnis zum Grundsatz "ne bis in idem", Art. 103 Abs. III GG	 49
3. Das Verhältnis zur Wiederaufnahme (§§ 359 ff. StPO)	55
4. Versuch einer verfassungskonformen Auslegung	56
5. Die Bedeutung ungenügender richterlicher Aufklärung	 63
III. Der Widerruf wegen mangelnder Bewährung	66
1. Das Verhältnis der Widerrufsfälle zueinander	66
2. Der Widerruf wegen Handlungen nach Ablauf der Bewährungszeit	 66
3. Der Widerruf wegen Handlungen vor Beginn der Bewährungszeit	 72
4. Die objektiven Voraussetzungen	72
5. Die Vorwerfbarkeit	75
a) Das Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit	75
b) Die Kenntnis der Aussetzung	77
c) Das Bewußtsein der Aussetzungswidrigkeit	78
d) Die Möglichkeit der Aufлагenerfüllung	81
IV. Der Zeitpunkt des Widerrufs	81
 Literaturverzeichnis	 V

LITERATURVERZEICHNIS

- AMELUNXEN Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter, DRiZ 1953/148
- BAUMANN Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bielefeld 1966
- " Die Auflagenkataloge im Strafrecht, GA 1958/193
- BECKER "Bewährungshilfe für Erwachsene"
- BELING Urteilsanmerkungen im JW 1925/2785 und JW 1928/2723
- BOCKELMANN Zur Reform des Strafsystems, JZ 1951/494
- BREITHAUPT Über die Notwendigkeit der bedingten Strafaussetzung durch den Richter, SJZ 1948/372
- BRUNS Die Strafaussetzung zur Bewährung, GA 1956/193
- " Rechtsgrundlagen und Zulässigkeitsgrenzen straf-richterlicher Auflagen und Weisungen, GA 1959/193
- " Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen, NJW 1959/1393
- " Sicherungsmaßnahmen und Verschlechterungsverbot, JZ 1954/730
- CÜPPERS Bemerkungen zum Entwurf des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes, NJW 1952/993
- DALCKE-FUHR-MANN-SCHÄFER Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, Berlin 1961
- DALLINGER Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz, Gerichtsverfassung und Strafverfahren, JZ 1953/432
- " Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1954/333
- DALLINGER-LACKNER Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 2. Auflage, Berlin-München 1965

- GRAF DOHNA Das Strafprozeßrecht, 2. Auflage, Berlin 1925
- DREHER Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßnahmen, ZStW 65/481
- " Die Strafaussetzung zur Bewährung, DRiZ 1956/272
- " Urteilsanmerkungen in MDR 1964/75 und NJW 1964/1581
- DREHER-MAASSEN Strafgesetzbuch, 3. Auflage, München und Berlin 1959
- EBERMAYER-LOBE- Strafbgesetzbuch (Leipziger Kommentar), herausge-
ROSENBERG-NAG- geben von Jagusch und Mezger, Erster Band, 8. Auf-
LER lage, Berlin 1957, zitiert Leipziger Kommentar
- ECKELS Strafaussetzung zur Bewährung und Gesamtstrafen-
bildung, NJW 1954/1672
- EGNER Strafaussetzung zur Bewährung und Gnadenrecht,
NJW 1953/1859
- FORSTHOFF Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allg. Teil, 8. Auf-
lage, München-Berlin 1961
- FRANKE Das öffentliche Interesse an der Strafvollstreckung,
DRiZ 1954/164
- FREY Ausbau des Strafsystems?, ZStW 65/3
- GANSKE Der Begriff des Nachteils bei den strafprozessualen
Verschärfungsverboten, Berlin 1960
- GERSTNER Die Strafaussetzung zur Bewährung nach dem 3. Straf-
rechtsänderungsgesetz (Strafrechtsbereinigungsgesetz),
§§ 23-25 StGB, Münchner Dissertation, München
1957
- GRETHLEIN Die Problematik des Verschlechterungsverbot es im
Hinblick auf die besonderen Maßnahmen des Jugend-
rechts, Neuwied 1963, zitiert Verschlechterungsver-
bot
- " Jugendgerichtsgesetz, 2. Auflage, Berlin 1965
- " Strafaussetzung bei Gesamtstrafen, DRiZ 1954/212

VII

GRUNAU	Die ersten Erfahrungen mit gerichtlichen Entscheidungen zu § 26 StGB, SchlHA 1954/42
GRÜNHUT-SIMSON	Bedingte Verurteilung, Referat und Korreferat bei den Verhandlungen der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung auf der Kölner Tagung für Rechtsvergleichung 1951, ZStW 64/127
GRÜNWALD	Die Teilrechtskraft im Strafverfahren, Göttingen 1964
GUTMANN	Urteilsanmerkung in NJW 1962/1261
HALL	Die Freiheitsstrafe als kriminalpolitisches Problem, ZStW 66/77
HANACK	Rechtliches Gehör, Vollstreckbarkeit und Verhaftung beim Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung, JZ 1966/42
HEINITZ	Der Ausbau des Strafsystems, ZStW 65/26
HELLMER	Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der Schlechterstellung, JZ 1956/714
HENKEL	Strafverfahrensrecht, Stuttgart-Köln 1953
HENNKE	Aus der Rechtsprechung zu § 23 StGB, DRiZ 1955/3
JAGUSCH	Über die Strafaussetzung zur Bewährung, JZ 1953/688
JESCHEK	Die Konkurrenz, ZStW 67/529 (549)
JUNKER	Über Gnadenwesen, isbs. über den Beauftragten für Gnadensachen und über die bedingte Strafaussetzung, ZStW 63/428
KAISER	Urteilsanmerkung in NJW 1963/672
KAUFMANN, Armin	Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der reformatio in peius, JZ 1958/297
KERN	Strafverfahrensrecht, 7. Auflage, München und Berlin 1965
KLEINKNECHT	Urteilsanmerkung in JZ 1955/512

VIII

KOHLRAUSCH-LANGE	Strafgesetzbuch, 43. Auflage, Berlin 1961
LACKNER	Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung, JZ 1953/428
LEIBHOLZ-RINCK	Grundgesetz, Köln 1966
VON LISZT	Kriminalpolitische Aufgaben, ZStW IX/552/598/737 und X/51
"	Stellungnahme zu dem Gutachten der Präsidenten der Oberlandesgerichte und der Oberstaatsanwälte Preußens über die sogenannte "bedingte Verurteilung", ZStW X/666
VON LISZT-SCHMIDT	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Band I, 26. Auflage, Berlin und Leipzig 1932
LÖWE-ROSENBERG	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, herausgegeben von Dünnebier, Jagusch, Sarstedt, Geier, Kohlhaas und Schäfer, Erster Band, 21. Auflage, Berlin 1963
LORENZ	Die bedingte Verurteilung und die bedingte Entlassung, JR 1949/393
MAASSEN	Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsbereinigungsgesetz, MDR 1954/2
MAUNZ-DÜRIG	Grundgesetz, Stand März 1966, München-Berlin 1966
MAURACH	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Karlsruhe 1965
MAYER, Albrecht	Eine Lücke in § 25 StGB, DRiZ 1958/24
"	Urteilsanmerkungen in NJW 1958/433
MEISTER	Mängel der neuen §§ 23 ff. StGB
MEZGER-BLEI	Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, München und Berlin 1965
MITTELBACH	Die Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter, JR 1955/5

- MITTELBACH Urteilsanmerkung in JR 1957/304
- MÜLLER-SAX Strafprozeßordnung, 6. Auflage, Darmstadt 1966, zitiert Müller-Sax (KMR).
- NIPPERDEY Die Würde des Menschen, in Neumann-Nipperdey-Scheuner "Die Grundrechte", Zweiter Band, Berlin 1954, S. 1
- NÜSE Zum Entwurf eines Strafrechtsbereinigungsgesetzes, JR 1952/423
- PAULI Urteilsanmerkung in NJW 1961/1686
- PETERS Strafprozeß, 2. Auflage, Karlsruhe 1966
- " Urteilsanmerkung in JZ 1957/482
- POTRYKUS Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 4. Auflage, Darmstadt 1955
- PREISER Zwei Grundfragen der Strafaussetzung zur Bewährung, NJW 1956/1221
- " Urteilsanmerkung in NJW 1965/117
- SARSTEDT Die Revision in Strafsachen, 4. Auflage, Essen 1962
- SAX Grundzüge der Strafrechtspflege, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner "Die Grundrechte", Dritter Band, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 937
- SCHMIDT, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Auflage, Göttingen 1964, zitiert Eb. Schmidt LK I nach Seiten
- " Lehrkommentar Teil II, Göttingen 1957, zitiert Eb. Schmidt nach Paragraphen und Randnummern
- " Eröffnungsansprache auf der Tagung der Arbeitsgemeinschaft zur Reform des Strafvollzuges 1951, ZStW 64/1
- SCHMIDT, Gerhard Schuldspruch und Rechtskraft, JZ 1966/89
- SCHMIDT, H. W. Der Widerruf der Strafaussetzung nach § 25 StGB, SchHA 1963/109

- SCHMIDT, Wilhelm Das Für und Wider die strafrechtliche reformatio in peius, JR 1950/193
- SCHMITT, Otto Helmut Urteilsanmerkung in NJW 1959/1332
- SCHNEBLE Zum Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung bei erneuter Verurteilung, SchlHA 1955/327
- SCHÖNKE-SCHRÖDER Strafgesetzbuch, 12. Auflage, München und Berlin 1965
- SCHORN Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Bingen 1963
- " Das Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren, Frankfurt 1962, zitiert Schorn, Strafbefehl
- SCHRÖDER, Horst Bedingte Verurteilung, NJW 1952/6
- SCHULZE, Hans - ENGEN Die Anwendung von § 25 StGB, NJW 1957/772
- SCHWARZ-DREHER Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München und Berlin 1966
- SCHWARZ-KLEIN-KNECHT Strafprozeßordnung, 26. Auflage, München und Berlin 1966
- STREE Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960
- SYDOW Erfolg und Mißerfolg der Strafaussetzung zur Bewährung, Bonn 1963
- VRJ Zum Problem der Strafaussetzung, ZStW 66/218
- WAIBLINGER Der rechtliche Charakter und die Bedeutung der Schuldigerklärung im Strafprozeß, in Festschrift für H.F. Pfenninger, Zürich 1956, S. 157
- WELZEL Das Deutsche Strafrecht, 9. Auflage, Berlin 1965
- WIMMER Entziehung der Fahrerlaubnis, Strafe und Strafaussetzung zur Bewährung, NJW 1959/1513
- WINTRICH Die Bedeutung der Menschenwürde für die Anwendung des Rechts, BayVerwBl. 1957/137

Die Werke werden mit dem Verfassernamen zitiert, soweit oben nichts Besonderes angegeben ist. Abkürzungen wurden in der Arbeit nur verwendet, soweit sie allgemein üblich und bekannt sind.

EINLEITUNG

Die Arbeit befaßt sich mit dem Institut der bedingten Verurteilung, wie es durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953 (BGBl. I S. 735) unter der Bezeichnung "Strafaussetzung zur Bewährung" eingeführt wurde. Sie behandelt in erster Linie nicht die kriminalpolitischen Ziele, die geschichtliche Entwicklung und die speziellen positiv-rechtlichen Voraussetzungen, sondern sie will Probleme aufzeigen, die Bezug haben zu der Frage, wann eine einmal gewährte Strafaussetzung wieder aberkannt werden kann. Untersucht ist die Bestandskraft der Aussetzungsanordnung im laufenden Verfahren (Strafaussetzung und Verschlechterungsverbot) und bei der nachträglichen Entscheidung nach § 25 Abs. II StGB (Strafaussetzung und Widerruf).

Bei der jahrzehntelangen Diskussion über die Einführung der bedingten Verurteilung haben solche Probleme naturgemäß im Hintergrund gestanden; sie befinden sich erst im zweiten Glied, scheinen überwiegend rein rechtstechnischer Art zu sein und sie lassen sich in der Regel einfach beantworten. Denn aberkannt wird der Aufschub der Vollstreckung dann, wenn der Verurteilte sich nicht bewährt hat. Nach der Einführung der §§ 23 - 25 StGB hatten sich die Gerichte dann jedoch in steigendem Maße auch mit der Aberkennung der Aussetzung zu befassen. Dabei traten eine Reihe rechtlich komplizierter Fälle zu Tage, für die ganz erheblich voneinander abweichende Lösungen gefunden wurden. Dies rührt daher, daß der Gesetzgeber die Problematik des Verschlechterungsverbots gar nicht und den Widerruf nur in weitgefaßten, generalklauselartigen Tatbeständen geregelt hat.

Die Arbeit versucht, solche Probleme darzustellen und Lösungen zu entwickeln.

A. Erster Hauptteil: STRAFAUSSETZUNG UND VER- SCHLECHTERUNGSVERBOT

I. Das Problem

Die Strafprozeßordnung regelt das Verschlechterungsverbot für das Berufungs-, Revisions- und Wiederaufnahmeverfahren. Für das Berufungsverfahren bestimmt § 331 StPO:

- "I. Das Urteil darf in Art und Höhe der Strafe nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden, wenn lediglich der Angeklagte, zu seinen Gunsten die Staatsanwaltschaft oder sein gesetzlicher Vertreter Berufung eingelegt hat.
- II. Diese Vorschrift steht der Anordnung der Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt nicht entgegen."

§§ 358 Abs. II und 373 Abs. II StPO lauten entsprechend. Ihr Zweck soll offenbar sein, den Angeklagten, der eine bestimmte "Strafe" erhalten hat, vor einer nachteiligen Änderung dieser Strafe in "Art und Höhe" zu schützen, wenn das zur Entscheidung anstehende Verfahren nur zu seinen Gunsten eingeleitet worden ist.¹⁾ Die Anordnung bestimmter Unterbringungsarten ist ausdrücklich ausgenommen. Ebenso ausgenommen ist eine Verschärfung des Schuldspruchs.²⁾

- 1) Die rechtspolitische Berechtigung dieses Schutzes ist immer angezweifelt worden. Man sah in ihm einen Widerspruch zur materiellen Gerechtigkeit und zu den Prinzipien des Rechtsmittelverfahrens, Graf zu Dohna S. 177, zusammenfassend Wilhelm Schmidt JR 1950/193 ff. und Kern S. 217, Hinweis auch in BGHSt 9/324 (332). Der Gesetzgeber hat solche Bedenken außer acht gelassen und das Verbot im Jahre 1950 wiedereingeführt
- 2) Heute allg. Meinung, BGHSt 2/96(98), Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 1, Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 1, Schwarz-Kleinknecht § 331 Anm. 1, Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 2, einschränkend Peters S. 547. Der frühere Meinungsstreit entzündete sich am ehemaligen § 331 StPO (vor dem 22. 3. 1924 § 372), der bestimmte, das Urteil dürfe nicht "zum Nachteil" des Angeklagten geändert werden. Zum Teil wurde hieraus das Verbot einer Schuldspruchsverschärfung abgelesen, vgl. Beling JW 1925/2785 und 1928/2774, anders das RGSt 9/324 (329), 25/397 (399), 45/62 (64), 59/291 (292), 68/201 (204). Der Gesetzgeber hat den Streit durch die jetzige Fassung des Wortlauts entschieden. Zum früheren Meinungsstreit ausführlich Ganske S. 22 ff.

Ob eine zur Bewährung ausgesetzte Strafe gegen eine Verschlechterung geschützt ist und wie sonst die Strafaussetzung im Rahmen des Verschlechterungsverbot³⁾ zu behandeln ist, läßt der Wortlaut dagegen nicht erkennen. Der Gesetzgeber, der bei Einführung der Strafaussetzung in das StGB auch die notwendigen Verfahrensvorschriften erlassen hat⁴⁾, überließ die Klärung dieser Fragen der Rechtsprechung und der Lehre. Dabei kann das Problem schon wegen der Häufigkeit der Strafaussetzung Interesse beanspruchen. Es ist darüberhinaus für den einzelnen Angeklagten von großer praktischer Bedeutung: Besteht die Gefahr, daß ein Berufungsgericht die Strafaussetzung aberkennt, die Auflagen verschärft, die Bewährungszeit verlängert, oder daß es die Aussetzung zwar bestehen läßt oder erstmals zuerkennt, jedoch die Freiheitsstrafe erhöht, so wird das nicht ohne Einfluß auf den Entschluß, Rechtsmittel einzulegen, sein können.

Will man solche Einzelfragen beantworten, so muß man zunächst zwei grundsätzliche Probleme klären, nämlich:

- a) Ist die Aberkennung oder die erstmalige Gewährung der Strafaussetzung in der Rechtsmittelinstanz eine Urteilsänderung "in Art und Höhe der Strafe"?
- b) Wann ist, wenn dies zutrifft, diese Änderung ein "Nachteil" für den Angeklagten?

II. Die Strafaussetzung als Urteilsänderung in Art und Höhe der Strafe

1. Die Lösungen aus der Rechtsnatur der Strafaussetzung

Die Antwort auf die Frage, ob die Strafaussetzung Einfluß auf Strafhöhe und Strafart i. S. d. § 331 StPO hat, hängt nach vielfach geäußelter Meinung davon ab, welche Rechtsnatur der Strafaussetzung eignet. Je nachdem, wie diese Vorfrage zu entscheiden sei, soll das Verschlechterungsverbot Anwendung finden oder nicht. Im einzelnen wird folgendes vertreten^{4a)}:

3) z. B. §§ 160 Abs. III, 260 Abs. IV Satz 2, 267 Abs. III Satz 3, 268a, 305a, 453, 453a StPO

4) Hinweis von Dallinger JZ 1953/453; kritisch hierzu Jagusch in Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 7

4a) Im folgenden sind die Ansichten zur Rechtsnatur der Strafaussetzung nur soweit aufgeführt, als daraus Folgerungen für das Verhältnis zum Verschlechterungsverbot gezogen werden. Im übrigen siehe unten S. 50 ff.

- a) Das Reichsgericht⁵⁾ hatte entschieden, daß für § 331 StPO eine Schlechterstellung des Angeklagten in der Frage der Strafaussetzung ohne Bedeutung sei. Der Vollstreckungsaufschub gehöre dem Begnadigungsrecht an. Diese Auffassung entsprach der damaligen Rechtslage. Die Aussetzung der Strafvollstreckung wurde zwar seit der Jahrhundertwende in weitestem Umfang praktiziert, jedoch als Gnadenentscheidung (sog. "bedingte Begnadigung"), die den Justizverwaltungen der Länder oblag.⁶⁾ Die Gerichte als Rechtsprechungsorgane hatten über eine Vollstreckungsaussetzung nicht zu entscheiden; soweit sie nach dem ersten Weltkrieg diese Befugnis übertragen erhielten⁷⁾, handelten sie als Organe der Justizverwaltung. In dieser Funktion galten für sie nicht die Vorschriften der StPO, sondern die Erlasse der Justizminister, die eine dem Verschlechterungsverbot ähnliche Regelung nicht enthielten.

Die Ansicht des Reichsgerichts bedurfte wegen der im Jahre 1953 erfolgten gesetzlichen Neuregelung des Instituts in der Ausgestaltung der Strafaussetzung der Bewährung (§§ 23-25 StGB) keiner weiteren Erörterung, wenn nicht auch danach die Auffassung vertreten worden wäre, die Strafaussetzung sei Gnade. Meister⁸⁾ glaubt, die Neuregelung habe nur die Zuständigkeit von den Gnadenbehörden auf die Gerichte verlagert, die Rechtsnatur jedoch unberührt gelassen. Auch bei dem jetzigen Rechtszustand könne nämlich die Gnadenbehörde Strafaussetzung gewähren; es gehe aber nicht an, daß dieselbe Maßnahme

5) RG JW 1928/2272 Nr. 70; ebenso OLG Kiel JW 1925/2816 Nr. 16 und OLG Königsberg JW 1929/2776 Nr. 41, jeweils mit abl. Anmerkung Jonas.

6) z. B. in Preußen seit dem 23. 10. 1895; eine reichsrechtliche Regelung brachte die Gnadenordnung vom 6. 2. 1935. Zur geschichtlichen Entwicklung Liszt-Schmidt S. 444 ff. und Junker ZStW 63/428 (444).

7) Bayern durch Bekanntmachung des Justizministers vom 11. 7. 1919, Preußen durch Erlaß der Staatsregierung vom 2. 8. 1920 nebst Allgem. Verf. vom 19. 10. 1920; näheres b. Liszt-Schmidt a. a. O. Die Gnadenordnung von 1935 hat diese Regelung nicht übernommen.

8) DRiZ 1953/218; vor der Einführung der §§ 23-25 StGB ist vor allem Junker ZStW 63/428 (448) nochmals pointiert für den Gnadencharakter der Aussetzung eingetreten.

Ähnlich wie Meister auch noch OLG Düsseldorf JZ 1954/249

je nach der anordnenden Stelle verschiedener Rechtsnatur sei. Außerdem zeige die Widerrufsmöglichkeit des § 25 Abs. II Ziff. 1 (Wideruf wegen eines unbekannt gebliebenen Aussetzungshindernisses) den Gnadencharakter, denn als Strafe verstanden müßte die Aussetzung aus rechtstaatlichen Gründen unwiderruflich sein.

Die Ansicht Meisters wird von der ganz herrschenden Meinung⁹⁾ abgelehnt. Nach ihr ist die Strafaussetzung des StGB ein Rechtsinstitut; dies festzulegen sei gerade der Sinn der gesetzlichen Neuregelung gewesen.¹⁰⁾ Bei einem Gnadenakt handle es sich immer darum, einem formell richtigen Rechtsakt, der jedoch wegen besonderer Umstände des Einzelfalles materiell nicht befriedige, seine Wirksamkeit zu nehmen. Die Strafaussetzung werde jedoch in aller Regel und nach den in § 23 StGB festgelegten, richterlich nachprüfaren Voraussetzungen ausgesprochen. Mit ihr solle keine "Selbstkorrektur der Gerechtigkeit"¹¹⁾ sondern ein kriminalpolitisches Ziel erreicht werden, die Zurückdrängung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe.

Die Argumente von Meister überzeugen in der Tat nicht. Die gleiche Maßnahme kann sehr wohl einmal Gnade, ein anderes Mal aber Recht sein. Für diese Unterscheidung kommt es nicht auf das "Was", sondern auf das "Wozu" an: soll eine unerträgliche Folge eines rechtskräftigen Urteils gemildert werden, so ist diese Milderung, hier die Aussetzung, Gnade; soll dagegen eine zweckmäßige staatliche Reaktion auf begangene Straftaten ausgesprochen werden, so ist der Bereich des Strafrechts betreten. Auch die Widerrufsmöglichkeit des § 25 Abs. II Ziff. 1 läßt keinen sicheren Schluß auf den Gnadencharakter der Strafaussetzung zu, denn sie wäre z. B. auch unbedenklich, wenn die Aussetzung, wie vielfach angenommen wird, als Institut des Vollstreckungsrechts zu verstehen wäre.

9) BGH NJW 1954/39 (40) = JZ 1954/101, BGHSt 10/288, BayObLGSt 1959/144, Schröder NJW 1952/6 (10), Frey ZStW 65/3 (22), Eb. Schmidt ZStW 64/1 (7) und § 331 Rdnr. 25, Kohlrausch-Lange Vorbem. I vor § 23, Schönke-Schröder § 23 Rdnr. 1, Schwarz-Dreher § 23 Anm. 1, Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 4 a, Baumann S. 682, Maurach S. 742, Amelunxen DRiZ 1953/148, Lackner JZ 1953/428 (429), Gerstner S. 34, Hennke DRiZ 1955/3, Mittelbach JR 1955/5

10) Amtl. Begründung zum Regierungsentwurf des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes BTDr. Nr. 3713, 1. Wahlperiode, S. 26

11) Formulierung von Iherings, Zweck im Recht I, S. 33

Der h. M. ist deshalb zuzustimmen. Die Aussetzung ist, jedenfalls in der Ausprägung des § 23 StGB, kein Gnadenakt. Das geben auch Bockelmann¹²⁾ und Jagusch¹³⁾ zu, die jedoch der Ansicht sind, die Aussetzung enthalte jedenfalls ein Moment der Gnade insoweit, als mit ihr die Spezialprävention den Vorzug vor der Tatsühne erhalte. Tatsächlich ist ja vom Boden des strengen Schuldstrafrechts aus - vor- ausgesetzt, daß die gerechte und schuldangemessene Strafe aus dem Strafausspruch und der Vollstreckung besteht¹⁴⁾ - das Unterbleiben¹⁵⁾ der Vollstreckung regelmäßig eine Vergünstigung für den Täter¹⁵⁾. Es ist aber doch sehr fraglich, ob die Vollstreckung der kurzzeitigen Freiheitsstrafe mit all ihren Nebenfolgen für den Täter (Ausschluß aus der Gesellschaft, Brechung des Ehrgefühls, Schwächung der sozialen Position, evtl. Verlust des Arbeitsplatzes, Kontakt mit Berufskriminellen) wirklich noch gerechte Vergeltung ist oder diese nicht vielmehr übersteigt. Nimmt man letzteres an, so gibt es in diesem Strafbereich keine wirklich gerechte Strafe. Dann aber entspricht es auch dem Sühnegedanken mehr, die zu milde anstelle der zu strengen Strafreaktion auf diese Fälle anzuwenden.

- b) Auch Preiser¹⁶⁾ sucht die Rechtsnatur der Aussetzung zu bestimmen, um daraus die Antwort, ob das Verschlechterungsverbot für die Aussetzungsanordnung gilt, zu gewinnen. Nach ihm beschränkt sich die sachliche Besonderheit des Instituts auf das Gebiet der Strafvollstreckung. Die Rechtsnatur der Strafe werde durch die Aussetzungsanordnung nicht geändert. Daraus folgert Preiser, ausgesetzte und nicht ausgesetzte Strafe seien im Rahmen des Verschlechterungsverbots
-
- 12) Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Band 12 S. 368
 - 13) Leipziger Kommentar Vorbem. 1 vor § 23; im übrigen vertritt Jagusch die Auffassung, die Aussetzung sei eine besondere Strafart, vgl. den folgenden Text
 - 14) a. A. Lange in Kohlrausch-Lange Vorbem. II 8 vor § 23, der im Ausspruch der öffentlichen Mißbilligung den primären Sinn der Strafe sieht
 - 15) Nach Schröder NJW 1952/6 (9) sühnt der Täter bei der Strafaussetzung durch Erbringen positiver Leistungen in der Probezeit. Dem steht im geltenden Recht entgegen, daß von der Erteilung von Auflagen abgesehen werden kann, § 24 Abs. II StGB. Ebenso E 1962 § 74
 - 16) NJW 1956/1221

gleich zu behandeln, und zwar wie die letztere. Nach dieser Auffassung ist es nur verboten, die Freiheitsstrafe der Art im Sinne des § 1 StGB nach (Gefängnis statt Haft) oder der Höhe nach (vier Wochen statt drei Wochen Haft bzw. Gefängnis) zu verschärfen. Eine ungünstige Veränderung der Aussetzungsanordnung soll dagegen möglich sein, weil insoweit "Art und Höhe der Strafe" nicht berührt seien.

- c) Eine Änderung der "Strafart"¹⁷⁾ bewirkt dagegen die Aussetzung nach der Ansicht von Jagusch. Er versteht die ausgesetzte Freiheitsstrafe als neue, eigenständige Strafart. Sie ist von der zu vollstreckenden Freiheitsstrafe dadurch unterschieden, daß ihr Hauptzweck nicht die Sühne, sondern die Besserung des Täters durch das Mittel der Verwarnung ist. Die Drohung mit der Vollstreckung ersetzt diese; soweit auf sie im Falle des Widerrufs der Aussetzung zurückgegriffen wird, ist dies nach Jagusch nicht der vom Gesetz vorgesehene Regelfall. Die Besonderheiten der Aussetzung hält Jagusch für so erheblich, daß er Strafausspruch und Strafaussetzung, verbunden mit den möglichen Auflagenanordnungen, für eine einheitliche neuartige Gesamtmaßnahme im Bereich der Strafen ansieht. Der Wechsel von der "Aussetzungsstrafe" zur "Vollstreckungsstrafe" ist deshalb nach ihm eine Veränderung¹⁸⁾ der Strafart im Sinne des Verschlechterungsverbotes.
- d) Der Kommentar von Müller-Sax (KMR)¹⁹⁾ vertritt die Auffassung, die Aussetzung ändere die verhängte Strafe in ihrer "Höhe". Damit wird der in §§ 331/358 Abs. II StPO verwendete Begriff der Strafhöhe

17) JZ 1953/688 ff., Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 7; ebenso Maassen MDR 1954/1 (4), anders jedoch in Dreher-Maassen § 23 Anm. 1. Gegen Jagusch isbs. BGHSt 7/180 (184), OLG Oldenburg MDR 1955/436 = VRS 8/454, Armin Kaufmann JZ 1958/297, Bruns GA 56/236 ff., Preiser NJW 1956/1221, Hellmer JZ 1956/714, Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 4 a; siehe auch unten S. 50 f

18) In JZ 1953/688 ff. hat Jagusch überdies die Auffassung vertreten, die ausgesetzte Strafe sei nicht nur andersartig, sondern auch stets milder als die Vollstreckungsstrafe (8 Monate Gefängnis mit Aussetzung milder als 5 Monate Gefängnis ohne Aussetzung). Insoweit hat Jagusch seine Meinung aufgegeben, LK § 23 Anm. 4 b und Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 7

19) § 331 Anm. 4 a

verstanden im Sinne von "Strafschwere". Dies rechtfertigt sich nach Ansicht des Kommentars dadurch, daß die Auswirkungen des Strafausspruches sich nicht wie bisher vornehmlich aus der Strafzeit ergeben, sondern auch aus der Art der Vollstreckung, nämlich daraus, ob der Täter vorerst - bei Bewährung auch endgültig - vom Freiheitsentzug verschont bleibt. Die Auswirkungen des Urteils auf die Rechtsgüter des Verurteilten²⁰⁾ wolle das Gesetz aber mit dem Begriff der Strafhöhe kennzeichnen²¹⁾.

Auch nach dieser Ansicht gilt das Verschlechterungsverbot für die Aussetzungsanordnung.

- e) Eine Modifikation der Freiheitsstrafe bewirkt die Aussetzung nach der Ansicht von Mittelbach²¹⁾. Hierdurch werde zwar nicht die Strafart oder die Strafhöhe geändert, jedoch die Strafschwere. Im Unterschied zu Müller-Sax (KMR) setzt Mittelbach das Merkmal der Strafschwere nicht an die Stelle desjenigen der Strafhöhe, sondern fügt es als drittes, ungeschriebenes Merkmal den Tatbeständen des Verschlechterungsverbotes hinzu²²⁾.

- f) Die Kritik an diesen in der Begründung und auch im Ergebnis unterschiedlichen Auffassungen kann an ihrem gemeinsamen Ausgangspunkt ansetzen. Die Diskussion darüber, ob die Aussetzung Bestandteil oder Modifikation der Strafe sei, ist für die Frage der Anwendbarkeit des Verschlechterungsverbotes nur dann von Bedeutung, wenn das Verbot sich nur auf Strafmaßnahmen bezieht. Hierauf scheint der Wortlaut der §§ 331, 358 Abs. II, 373 Abs. II StPO auch hinzudeuten. Das Wort "Strafe" verweist zunächst auf diejenigen Maßnahmen, die das Gesetz als Strafen einstuft, also z. B. auf die in §§ 14, 16, 17, 18, 27 StGB vorgesehenen Reaktionsmittel. Es schließt, wenn es in der Bedeutung des StGB verwendet würde, die Maßregeln der Sicherung und Besserung aus (§ 42 a ff. StGB). Diese letzte Annahme wird aber widerlegt durch die in §§ 331, 358 Abs. II, 373 Abs. II StPO getroffene Bestimmung, daß die Maßregeln des § 42 a Ziff. 1 und 2, nämlich die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, einer Trinkerheil-

20) a. A. Armin Kaufmann JZ 1958/298 und Gutmann NJW 1962/1261, die unter "Höhe" der Strafe nur die Länge der zu verbüßenden Strafzeit verstehen

21) JR 1955/5 (8)

22) so auch ausdrücklich Gutmann a. a. O.

anstalt oder Entziehungsanstalt, dem Verschlechterungsverbot nicht unterliegen²³⁾. Daraus folgt zwingend, daß die übrigen in § 42 a StGB aufgeführten Maßnahmen (Unterbringung in einem Arbeitshaus, Sicherungsverwahrung, Untersagung der Berufsausübung, Entziehung der Fahrerlaubnis) unter das Verbot fallen. Sie sind, obwohl typische Maßregeln, durch das Merkmal "Strafe" miteerfaßt. Damit ist aber schon durch die gesetzliche Bestimmung selbst einer engen Wortlautauslegung der Boden entzogen.

Bezeichnet damit der Begriff einer Änderung der "Strafe" nur unvollkommen den offenbar viel weiteren Geltungsbereich des Verschlechterungsverbot, so erscheint es nicht zweckmäßig, von ihm auszugehen. Vielmehr ist zunächst der Geltungsbereich des Verbotes zu ermitteln; danach kann erst beantwortet werden, ob die Strafaussetzung hierin liegt und ob es hierfür erheblich ist, welche Rechtsnatur man ihr zuschreibt.

2. Die Lösung aus dem Zweck des Verschlechterungsverbot

- a) Die Ansicht, die Anwendbarkeit des Verschlechterungsverbot auf die Aussetzungsanordnung hänge nicht von einer bestimmten Auffassung in der Frage der Rechtsnatur der Strafaussetzung ab, wird von Eb. Schmidt²⁴⁾ und in der Rechtsprechung vertreten. Das OLG Hamm²⁵⁾ hat ausgeführt, es lasse sich nicht verkennen, daß eine ausgesetzte Strafe - auch unter schwerwiegenden Auflagen - im ganzen milder sei als eine Verbüßungsstrafe. Dann aber verstoße es gegen den Grundgedanken der §§ 331/358 Abs. II StPO, wenn das zugunsten des Angeklagten eingelegte Rechtsmittel damit ende, daß die Milderung ent-

23) Dies rechtfertigt sich dadurch, daß es sich um medizinische Heilmaßnahmen handelt, so Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 16, Jagusch bei Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 5, Bruns JZ 1954/730 (733), Peters S. 545

24) § 331 Rdnr. 26; in Rdnr. 16 bezeichnet Eb. Schmidt "Art und Höhe der Strafe" als eine im Hinblick auf die zahlreichen, dem Strafrichter in die Hand gegebenen Verbrechenskämpfungsmittel "anfechtbare Ausdrucksweise". Ähnlich auch Armin Kaufmann JZ 1958/298 (300), Schorn Strafbefehl S. 66

25) NJW 1955/1000

26) . Auf die begriffliche Einordnung der Strafaussetzung in die Tatbestände des Verschlechterungsverbotes komme es nicht mehr an.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch das Bayerische Oberste Landesgericht²⁷⁾, indem es daraus, daß bestimmte Unterbringungsarten ausdrücklich vom Verschlechterungsverbot ausgenommen sind, folgert, alle anderen Maßnahmen, also auch die Strafaussetzung, unterlägen dem Verbot unabhängig von ihrer Rechtsnatur.

Diese Auffassung bedarf, da der Wortlaut der Bestimmungen sie jedenfalls in solcher Allgemeinheit nicht stützt, einer Rechtfertigung aus dem Zweck des Verschlechterungsverbotes. Die ganz überwiegende Meinung in Literatur²⁸⁾ und Rechtsprechung²⁹⁾ sieht in dem Verbot eine in Gestalt eines prozessualen Schutzrechtes eingeräumte Wohltat für den Angeklagten^{29a)}. Ihm soll die psychologische Zwangslage, ein als ungerecht empfundenes Urteil entweder hinnehmen oder aber sich der Gefahr der Verschärfung nach neuerlicher Verhandlung aussetzen zu müssen, erspart bleiben. Der risikofreie Gebrauch der Rechtsmittel soll gewährt werden.

Hieraus folgt zwangsläufig, daß die Frage nach dem Geltungsbereich des Verbots lauten muß: Welche Urteilsänderungen sind derart, daß sie einen Täter abhalten könnten, Rechtsmittel einzulegen? Die allgemeinste Antwort hierauf muß lauten: alle ihm irgendwie nachteiligen Urteilsveränderungen. Hiernach spielt die Rechtsnatur der in der Rechtsmittelinstanz neu angeordneten Maßnahme keine Rolle, allein entscheidend ist, ob sie den Angeklagten benachteiligt. Die oben

26) So anscheinend auch der BGH in der unveröffentlichten Entscheidung 3 StR 120/54 vom 2. 12. 1954, berichtet bei Armin Kaufmann JZ 1958/300 Fußnote 34, wenn er ausführt, daß eine "unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften" gewährte Strafaussetzung nicht beseitigt werden dürfe, weil die Aussetzungsstrafe milder als eine zu vollstreckende Strafe sei.

27) BayObLG 1962/1 = NJW 1962/1221 mit zustimmender Anmerkung von Gutmann.

28) Beling JW 1925/2785 und 1928/2724, Jonas JW 1925/2816 und 1929/2776, Peters S. 547, Henkel S. 424, Kern S. 217, Ganske S. 7, Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 2, Schwarz-Kleinknecht § 331 Anm. 1, Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 1.

29) BGHSt 4/157 (158), 7/86 (87), 11/157 (158)

29a) Daß das Verbot sich zwangsläufig aus dem Rechtsstaatsprinzip oder aus der Natur des Rechtsmittelverfahrens ergebe, wird allgemein abgelehnt, BGHSt 9/324(332), BayVerfGH NJW 1959/285, Wilhelm Schmidt JR 1950/193(197)

dargelegte Auffassung, das Verschlechterungsverbot erfasse die Strafaussetzung unabhängig von deren Rechtsnatur, könnte sich deshalb auf die h. M. über den Zweck des Verbotes berufen.

- b) Neuerdings hat jedoch Grethlein³⁰⁾ an der Begründung der h. M. Anstoß genommen. Wenn auf die psychologische Situation des Angeklagten bei der Rechtsmitteleinlegung abgestellt werde, so sei nicht erklärlich, warum das Verbot auch gelte im Falle, daß nicht der Angeklagte, sondern zu seinen Gunsten der Staatsanwalt die höhere Instanz anrufe. Unerklärlich sei auch, warum das Verbot für Angeklagte gelte, die nur kraft der Rechtsmittelfunktion des § 357 StPO am Verfahren beteiligt seien, also ebenfalls selbst kein Rechtsmittel eingelegt hätten³¹⁾. Deshalb ist Grethlein der Auffassung, das Verbot rechtfertige sich aus einer Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs. Der Staat, repräsentiert durch seine mit der Sache befaßten Organe Gericht und Staatsanwaltschaft, gebe durch das Urteil und das Nichteinlegen von Rechtsmitteln zuungunsten des Täters zu erkennen, daß er seinen Strafanspruch für ausreichend berücksichtigt halte; auch bei Rechtsmitteln der Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten werde der Strafanspruch nicht weiterverfolgt, vielmehr das Urteil als eine Überschreitung desselben angesehen. Wenn nun nach einer solchen Manifestation derselbe Staat in der zugunsten des Täters eingeleiteten Instanz das Urteil in den Rechtsfolgen verschärfen³²⁾ wolle, verstoße

30) Verschlechterungsverbot S. 27

31) Auch Ganske S. 12 stellt fest, daß diese Fälle vom Zweck des Verbotes, wie ihn die h. M. versteht, nicht gedeckt werden; er rechtfertigt die Geltung des Verbotes aus Billigkeitsgründen. Hiergegen Grethlein a. a. O.

32) Wenn Grethlein a. a. O. S. 28 ausführt, es bestehe kein Anlaß, "daß Urteil zu seinen (des Angeklagten) Lasten zu überprüfen", so ist das ungenau. Die Überprüfung des Urteils wird durch das Verbot nicht gehindert; der gesamte Prozeßstoff ist Gegenstand der neuerlichen Verhandlung, der Schuldspruch kann dementsprechend neu gefaßt und verschärft werden (vgl. oben S. 2). Nur die dem Angeklagten nachteiligen Konsequenzen im Strafausspruch dürfen hieraus nicht gezogen werden, vgl. Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 1 a, Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 1

er gegen den Grundsatz, daß niemand sich mit seinem früheren Verhalten in Gegensatz setzen dürfe. Sein das erste Urteil übersteigender Strafspruch sei deshalb verwirkt.

Die Kritik von Grethlein ist nicht gerechtfertigt. Die h. M. kann die Geltung des Verschlechterungsverbotes bei Rechtsmitteln der Staatsanwaltschaft sehr wohl begründen, wenn man sie dahin versteht, daß es auf die Situation des jeweils das Rechtsmittel Einlegenden (nicht stets des Angeklagten) ankommt; auch der verantwortungsbewußte Staatsanwalt (ebenso wie der gesetzliche Vertreter des Angeklagten) befindet sich in einer Zwangssituation. Einerseits beabsichtigt er eine Besserstellung des Angeklagten zu erreichen, andererseits muß er aber fürchten, daß dadurch eine weitere Härte für den Angeklagten verursacht wird. Vielfach wird diese Möglichkeit ihn davon abhalten, ein gerechteres, für den Angeklagten günstigeres Urteil zu erstreben, zumal dieser selbst sich mit dem Ersturteil zufrieden gibt.

Auch der Hinweis auf § 357 StPO spricht nicht gegen die h. M.. Zwar ist richtig, daß nach der Aufhebung eines Urteils zugunsten eines Angeklagten durch das Revisionsgericht und der Zurückverweisung an die Tatsacheninstanz andere, in der gleichen Sache verurteilte Täter, die in der Revision nicht mehr beteiligt waren, wie der Revident behandelt werden, isbs. im neuerlichen Verfahren nicht härter bestraft werden dürfen³³⁾. Hier gilt damit ein Verbot der Verschlechterung für Angeklagte, die weder selbst und für die auch nicht Dritte³⁴⁾ Rechtsmittel eingelegt haben. Dieses Verbot folgt aber gar nicht aus § 358 Abs. II StPO (dem bisher behandelten "Verschlechterungsverbot"), sondern vielmehr aus § 357 StPO unmittelbar. Diese Vorschrift hebt die für alle an der Revision Unbeteiligten bereits eingetretene Rechtskraft nur für den einzigen Fall auf, daß das Urteil zugunsten des Mitangeklagten geändert wird; eine Urteilsänderung zu dessen Lasten hat dagegen diese Wirkung nie. Hieraus folgt, daß der Nichtrevident aus der Revisionsinstanz nur Nutzen haben soll, jedoch keinen Schaden. Das aber bedingt notwendig ein Verschlechterungsverbot für das nach erfolgreicher Revision fortgesetzte Verfahren. Ein anderer Schluß

33) RGSt 70/229 (231), Löwe-Rosenberg § 357 Anm. 7, Eb. Schmidt § 357 Rdnr. 11, Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 357 Anm. 4 a. E., Ganske S. 12

34) Der Mitangeklagte kann nur für sich Rechtsmittel einlegen

würde zu widersinnigen Ergebnissen führen; bei ungünstigem Ausgang der Revision bliebe der nicht beteiligte Angeklagte hiervon unberührt, bei günstigem Ausgang liefe er wegen § 357 StPO Gefahr, härter verurteilt zu werden³⁵⁾.

Ist demnach die Kritik von Grethlein unbegründet, so überzeugt auch seine eigene Deutung des Verschlechterungsverbotes nicht, weil eine Reihe von Fällen, die dem Verbot unterliegen, mit der Verwirkung des Strafanspruches nicht erklärt werden können. Stellt sich nämlich erst während des zugunsten des Angeklagten durchgeführten Rechtsmittels der Umstand heraus, der eine Straferhöhung begründen könnte, so ist nicht zu sehen, warum diese Straferhöhung verwirkt sein sollte. Die Staatsorgane, Erstgericht und Staatsanwaltschaft, haben den Strafanspruch insoweit gar nicht erkannt und sich deshalb auch ihm gegenüber nicht irgendwie "verhalten". Eine Berücksichtigung des strafscharfenden Umstandes würde also nicht im Gegensatz zu einem früheren Tun der staatlichen Rechtspflege stehen. Anders ausgedrückt: eine Willensäußerung, für die Tat, wie sie sich in der Rechtsmittelinstanz neu darstellt, mit der erstinstanziellen Strafe sich zu begnügen, hat der Staat nie abgegeben.

Der Ansicht von Grethlein ist deshalb nicht zu folgen.

- c) Der Erklärung, die die h. M. dem Verschlechterungsverbot gibt, ist dagegen zuzustimmen. Zweck des Verbotes ist danach, dem Angeklagten den risikofreien Gebrauch von Rechtsmitteln zu gewähren. Diese Ansicht läßt sich ausreichend rechtfertigen: bei den einschneidenden Wirkungen, die das Strafurteil, vor allem das auf eine Freiheitsstrafe lautende, für den Betroffenen hat und bei der Möglichkeit, daß diese Wirkungen unter Umständen durch ein Fehlurteil ausgelöst werden können, ist es nicht billig, dem Angeklagten den Weg zu seiner Rehabilitierung zu erschweren.

Aus dem so verstandenen Zweck des Verbotes folgt, wie auf S. 10 f bereits ausgeführt ist, daß das Verbot für alle nachteiligen Urteilsänderungen gilt. Damit ist aber der Geltungsbereich ebenso offensichtlich zu weit bestimmt wie er durch das Merkmal der Änderung

35) So ausdrücklich RG a. a. O.. Das RG hat die Schlechterstellung des Nichtrevidenten zu einer Zeit für unzulässig erklärt, als die §§ 331/358 Abs. II StPO durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafverfahrens und das GVG vom 28. 6. 1935 (RGBl. I S. 844) außer Kraft gesetzt waren

"nach Art und Höhe der Strafe" zu eng begrenzt war. Denn auch eine Verschärfung des Schuldspruchs, die nach heutiger allgemeiner Auffassung vom Verbot nicht erfaßt ist³⁶⁾, hat nachteilige Auswirkungen. Sie belastet den Täter im Rahmen von §§ 20 a. 25 Abs. II Satz 2 StGB sowie als rückfallbegründende Vortat³⁷⁾. Sie führt, wenn statt wegen einer Übertretung wegen eines Vergehens verurteilt wird, zum Eintrag in das Strafregister. Sie kann weitere Nachteile, etwa im Rahmen des Beamtendisziplinarrechts, haben. Regelmäßig folgt aus ihr auch eine stärkere Mißbilligung durch die Umwelt.

Vor diesen Nachteilen schützt das Verbot nicht. Man kann dies auf zweierlei Art begründen. Einmal formal damit, daß der Gesetzgeber durch die Fassung des Wortlauts als Reaktion auf die Fassung des alten § 331 StPO³⁸⁾ und des sich daran anschließenden Meinungsstreits die Nachteile, die sich aus einer Schuldspruchänderung ergeben, ausdrücklich ausgeschlossen hat. Zum anderen aber auch damit, daß die aufgezählten Nachteile sich in ihrer Art von den in erster Linie dem Verbot unterliegenden Schärfungen unterscheiden: sie sind nicht selbst als am Angeklagten zu vollziehende Maßnahme im Urteil angeordnet, sondern ergeben sich als Folge anderer gesetzlicher Vorschriften oder des Verhaltens Dritter erst mittelbar aus dem Urteil³⁹⁾.

36) siehe oben S. 2 Fußnote 2

37) Neuerdings sieht Peters S. 547 eine Schuldspruchänderung in eine rückfallbegründende Tat für unzulässig an

38) statt früher "... so darf das Urteil nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden." jetzt "Das Urteil darf in Art und Höhe der Strafe nicht zum Nachteil...". Die Worte "nach Art und Höhe der Strafe" haben damit immer noch die Bedeutung, den Schuldspruch vom Verschlechterungsverbot auszuschließen. Neben dieser negativen Funktion kommt ihnen jedoch nicht auch die Funktion zu, den Geltungsbereich des Verbots positiv festzulegen, vgl. oben S. 8

39) zustimmend hinsichtlich des Strafregistereintrags Bay OBLGSt 1955/160 (166), weil "es sich insbesondere nicht um eine durch richterliches Erkenntnis ausgesprochene Nebenfolge mit Strafcharakter... handelt", a. A. Ganske S. 45. Ähnlich auch Bay OBLGSt 1959/143 (145) = NJW 1959/1838, wonach es nicht gegen § 331 StPO verstößt, wenn das Berufungsgericht die ursprünglich über 3 Monate Gefängnis liegende Strafe darunter festsetzt, wodurch die Möglichkeit einer späteren bedingten Entlassung nach § 26 StGB (Verbüßung von drei Monaten Voraussetzung) entfällt; zustimmend Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 4 b 4

Durch diese Ausnahme tritt der Geltungsbereich des Verbots deutlich hervor. Es untersagt eine nachteilige Änderung aller im Urteil selbst angeordneter Maßnahmen mit Ausnahme der vom Gesetz ausdrücklich genannten Unterbringungsarten.

Eine ähnlich weite Formulierung verwendet auch der BGH⁴⁰⁾, wenn er ausführt: "Der Zweck des § 358 Abs. II StPO aber geht dahin, jede nicht ausdrücklich zugelassene Schlechterstellung des Beschwerdeführers auszuschließen." Ausdrücklich zugelassen hat der Gesetzgeber aber nur eine Verschärfung des Schuldspruchs mit ihren Nachteilen sowie die Einweisung in die ärztlich betreuten Pflegeanstalten.

- d) Die Strafaussetzung ist eine im Urteil angeordnete Maßnahme (§ 260 Abs. IV Satz 2 StPO). Sie gehört nicht zum Schuldspruch oder zu den besonderen Unterbringungsarten. Mithin unterliegt ihre nachteilige Abänderung dem Verschlechterungsverbot, unabhängig davon, in welche Kategorie der Unrechtsfolgen man sie ihrer Rechtsnatur nach einordnet^{40a)}.

III. Die Aberkennung der Strafaussetzung als "Nachteil"

1. Der Maßstab zur Ermittlung eines Nachteils

Das Verschlechterungsverbot unterbindet Urteilsänderungen zum "Nachteil" des Angeklagten. Der Nachteil ist durch einen Vergleich der konkret im Erkenntnis erster Instanz angeordneten Unrechtsfolgen mit denen des Urteils des Rechtsmittelgerichts zu ermitteln. Maßstab hierbei ist die

40) BGHSt 4/157(158). Bei der Einziehung von Gegenständen beachtet der BGH diese Formel allerdings nicht, sondern stellt im Anschluß an RGSt 67/215 (217) auf die Rechtsnatur ab, nämlich darauf, ob die Einziehung Strafcharakter habe (isbs. gegen Täter und Teilnehmer) oder polizeiliche Sicherungsmaßnahme sei, BGHSt 5/168 (178); hiergegen Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 6 f, Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 18. Sonst wendet er die Formel an; BGH JZ 1952/754 (für Untersuchungshaft), VRS 21/335 (Sperrfrist für Wiedererteilung des Führerscheins), BGHSt 5/168 (178) für Entziehung der Fahrerlaubnis, BGHSt 4/157 (Aberkennung der Eidesfähigkeit), BGHSt 10/100(103) für die Jugendstrafe, BGHSt 10/198(202) für Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel.

40a) Es erübrigt sich daher, an dieser Stelle auf die Rechtsnatur der Aussetzung weiter einzugehen. Lediglich die Ansicht, § 23 StGB regle ein Institut des Gnadenrechts, war zu widerlegen, weil sonst zweifelhaft sein könnte, ob der Bund eine Gesetzgebungskompetenz hat und ob die StPO überhaupt anwendbar ist.

objektive und generell gültige Wertung, die das Gesetz für die Schwere der Unrechtsfolgen aufstellt⁴¹⁾. Die subjektive Auffassung des Angeklagten kann ebensowenig maßgeblich sein wie eine allgemeine Verkehrsauffassung oder eine im Ermessen des Gerichts stehende Wertung nach den Umständen des einzelnen Falles. Denn sowohl dem Angeklagten bei der Rechtsmitteleinlegung als auch dem Gericht bei seiner durch das Verbot eingeschränkten Bemessung der Unrechtsfolgen muß bekannt sein, welche Urteilsänderungen das Verbot zuläßt und welche nicht mehr. Würde dies von der Meinung des Angeklagten, dem Ermessen des Gerichts oder einer kaum erfaßbaren Verkehrsanschauung abhängen, so böte das Institut entweder dem Angeklagten keine sichere Gewähr für den Bestand seiner Rechtsstellung oder dem Gericht keine Gewähr für die Richtigkeit seiner Entscheidung hinsichtlich der §§ 331/358 Abs. II StPO. Das Verbot ist nur praktikabel, wenn für die Beteiligten zu Beginn des Verfahrens verbindlich festliegt, wieweit es eine Urteilsabänderung hindert. Dies ermöglicht nur der gesetzliche Maßstab.

Danach verstößt ein Berufungsurteil, das die Strafaussetzung bei im übrigen unveränderten Unrechtsfolgen aberkennt - dieser Fall (z. B. erste Instanz: 6 Monate Gefängnis mit Strafaussetzung, Berufungsinstanz: 6 Monate Gefängnis) soll im folgenden zugrunde gelegt werden^{41a)} -,

41) RGSt 2/205 (206), 40/411 (412), 62/186 (187), 66/202 (203), 67/95 (96); jetzt ganz herrschend: BGHSt 2/96 (98) mit zust. Anm. von Jagusch LM § 331 StPO Nr. 1, Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 4a, Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 3 a, Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 9, Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 331 Anm. 1, Bruns JZ 1954/730 (734), Henkel S. 424 Fußnote 15, Maassen MDR 1954/1(4), Ganske S. 29 ff., Jagusch JZ 1953/688 (690), Mittelbach JR 1955/5 (7), widersprüchlich OLG Köln NJW 1959/161. Die Entscheidung BGHSt 5/312, nach der statt fehlerhaft angeordneter Unterbringung in eine Heil- und Pflegeanstalt auf Sicherungsverwahrung erkannt werden kann ohne Verstoß gegen § 358 Abs. II StPO, wenn der Angeklagte die Anstaltsunterbringung als besondere Beschwer "empfindet", hat weitgehend Widerspruch gefunden, Bruns a. a. O., Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 23, Müller-Sax (KMR) § 331, Anm. 3 e, Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 3 u. 5, Dallinger MDR 1954/334, Sarstedt S. 77 Fußnote 14, zustimmend Seibert MDR 1954/341. Allgemeine Regeln kann man aus ihr ohnehin nicht ableiten, da sie einen ganz speziell liegenden Fall behandelt.

41a) Für die Revisionsinstanz und das Wiederaufnahmeverfahren gelten die folgenden Ausführungen entsprechend

gegen das Verschlechterungsverbot, wenn nach der Wertung des Gesetzes die ausgesetzte Strafe milder als die zu vollstreckende ist. Eine Wertung des Gesetzes ist jedoch nicht zweifelsfrei erkennbar; in eine klare Rangfolge der Unrechtssanktionen, wie sie etwa in §§ 14-20 sowie § 21 StGB aufgestellt wurde, ist die Strafaussetzung nicht eingeordnet. Die Frage ist deshalb streitig.

2. Strafaussetzung als belastende Vollstreckungsmaßnahme

Bei der Einführung der §§ 23-25 in das StGB ist in allgemeiner Form vor dem "verhängnisvollen Irrtum" gewarnt worden, "... aus den neuen Vorschriften im Verhältnis zum geltenden Recht eine Tendenz zur Milde" herauszulesen; eine Verweichlichung der Justiz sei keineswegs bezweckt vom Gesetzgeber⁴²⁾. Hingewiesen wurde auch darauf, daß vom Standpunkt einer gerechten Sühne die Strafaussetzung nur zu rechtfertigen sei, wenn der Täter durch Erfüllung besonderer Pflichten seine Schuld "kompensiere"⁴³⁾. Folgerungen aus solchen Überlegungen⁴⁴⁾ für das Gebiet des Verschlechterungsverbotes hat jedoch erst Hellmer⁴⁴⁾ gezogen. Nach ihm ist die Aussetzung eine besondere Art der Vollstreckung, die den Täter gleich schwer wie der Freiheitsentzug belastet. Die Aberkennung der Aussetzung durch das Berufungsgericht bedeutet daher nur den Wechsel zur anderen, jedoch nicht einschneidenderen Vollstreckungsart der Freiheitsstrafe; sie verstößt, weil sie den Angeklagten nicht benachteiligt, nicht gegen § 331 StPO.

Hellmer meint im einzelnen, die Aussetzung einer Freiheitsstrafe bewirke nicht, daß weniger intensiv in die Rechtsgüter des Verurteilten eingegriffen werde, sondern lediglich, daß in andere Rechtsgüter vollstreckt werde: statt in die Freiheit in die "Sozialkraft" des Betroffenen. Durch eigene positive Leistungen, die durch obligatorische Auflagen präzisiert werden müßten, sühne der Angeklagte, in seinem Lebensbereich belassen, die Schuld. Hierdurch werde das Gemeinschaftswidrige der Vollstreckung in die Freiheit gehindert. Hellmer begründet diese Ansicht von einem Wechsel im Vollstreckungsobjekt damit, daß die Aussetzung im Gesetz zwischen zwei Vollstreckungsregelungen stehe, nämlich § 22 (Einzelhaft) und § 26 StGB (vorzeitiger Entlassung). Außerdem

42) Lackner JZ 1953/429 (430)

43) Schröder NJW 1952/6 (9)

44) JZ 1956/714; zustimmend Albrecht Mayer NJW 1958/433

sei der Auflagenkatalog des § 24 StGB als Ansatzpunkt für eine Vollstreckung mit neuen Inhalten anzusehen. Als Bestätigung seiner Ansicht wertet Hellmer die Entscheidung BGH JZ 1956/101⁴⁵⁾.

Gegen diese Auffassung spricht zunächst, unabhängig davon, ob man der These von einer Vollstreckung in die "Sozialkraft" zustimmt, daß der Gesetzgeber die Aussetzung nur bei günstiger Beurteilung der Persönlichkeit des Angeklagten zuläßt (§ 23 Abs. II und Abs. III Ziff. 2 und 3). Es wäre aber nicht recht sinnvoll, wenn an diese zwingend ("nur", § 23 Abs. II) vorgeschriebenen Voraussetzungen Rechtsfolgen geknüpft würden, die einen derart günstig Beurteilten nicht privilegierten, sondern ihn genau so belasteten, wie wenn solche günstigen Voraussetzungen nicht vorlägen. Wo das Gesetz reine Strafumwandlung ohne Privilegierung meint, zählt es keine dem § 23 StGB vergleichbaren Voraussetzungen auf (z. B. § 21 StGB).

Aber auch die These von einem Wechsel des Vollstreckungsobjekts ist abzulehnen. Einmal deshalb, weil nach dem Gesetz die Erteilung von Auflagen fakultativ ist (§ 24 Abs. II Satz 1 StGB). Unterbleibt sie, so ist nicht zu sehen, inwiefern dann eine Vollstreckung in die Sozialkraft stattfindet. Zum anderen müßten die Auflagen, falls sie angeordnet sind, erzwingbar sein, wenn sie zur Strafvollstreckung gehörten. Das ist jedoch nicht der Fall, vielmehr hat der Verurteilte die Wahl, ob er ihnen nachkommen oder sie mit der Folge des Widerrufs der Aussetzung (§ 25 Abs. II Ziff. 3 StGB) mißachten will. Schließlich zwingt, worauf Armin Kaufmann⁴⁶⁾ besonders hingewiesen hat, die Ansicht Hellmers zu der Annahme einer Doppelbestrafung des Angeklagten. Erfüllt dieser nämlich die Auflagen und wird danach die Aussetzung, z. B. wegen neuer Straftaten, § 25 Abs. II Ziff. 2 StGB, widerrufen, so wird nunmehr in seine Freiheit vollstreckt, ohne daß die vorherige Vollstreckung in die "Sozialkraft" rückgängig gemacht wird; die zur Erfüllung der Auflagen erbrachten Leistungen werden nicht zurückerstattet (§ 25 Abs. III StGB). Wären die Auflagen Teil der Strafvollstreckung, so würde die ursprünglich ausgesetzte Strafe doppelt vollstreckt. Das verbietet sich aber aus Art. 103 Abs. III GG.

Demgegenüber ergibt die Stellung der Aussetzungsbestimmungen im Gesetz kein sicheres Argument für die Ansicht Hellmers. Zwar betreffen

45) BGH JZ 1956/101 = LM § 358 StPO Nr. 16 = NJW 1955/1847

46) JZ 1958/297 (299 Fußnote 28)

die umgebenden Vorschriften (§§ 22 und 26 StGB) die Strafvollstreckung; als gleichrangig wird man Strafaussetzung aber schon deshalb nicht einordnen⁴⁷⁾ dürfen, weil sie im Gegensatz zu den genannten Vorschriften durch Urteil angeordnet wird. Hieran zeigt sich, daß das Gesetz der Aussetzung eine andere Bedeutung beimißt als den Vollstreckungsanordnungen.

Auch das Urteil des BGH in JZ 1956/101 stützt die Ansicht Hellmers wohl kaum, obwohl die Begründung mißverständlich ist. Im dort entschiedenen Fall hatte eine Strafkammer nach der auf die Revision des Angeklagten erfolgten Zurückverweisung der Sache die ursprünglich angerechnete Untersuchungshaft nicht mehr angerechnet, dafür aber die Strafe erstmals zur Bewährung ausgesetzt. Der BGH stellt zunächst fest, daß der Angeklagte durch die unterbliebene Anrechnung der Untersuchungshaft hinsichtlich der Strafhöhe benachteiligt sei. Er fährt dann fort: "Die Anordnung über die Strafaussetzung zur Bewährung hat bei der Prüfung der Frage einer etwaigen Schlechterstellung außer Betracht zu bleiben. Die Strafaussetzungsentscheidung betrifft die Vollstreckung, nicht aber die Strafe, wie sie § 358 Abs. II Satz 1 StPO vor Augen hat. Zudem kann die Aussetzung widerrufen werden." Hellmer gesteht selbst zu, daß das Urteil nicht das Problem der Behandlung der Strafaussetzung innerhalb der §§ 331/358 Abs. II StPO allgemein entscheidet, sondern nur zu der Frage Stellung nimmt, ob eine bestehende Verschlechterung in der Strafhöhe durch die Gewährung der Aussetzung⁴⁸⁾ ausgeglichen wird, ob also eine "compensatio lucri cum damno" innerhalb des Urteilsausspruches stattfindet. Daß der BGH dies auch im Auge behielt, zeigt sein Hinweis auf den Widerruf der Aussetzung, der nur so verstanden werden kann, daß in diesem Fall der möglicherweise in der Aussetzung bestehende Vorteil entfallen würde, während die Verschlechterung in der Strafhöhe den Verurteilten weiter belastet. Der BGH wollte sich also nur gegen eine solche Verrechnung der Urteilsanordnungen aussprechen. Bei dieser Auslegung der Urteilsgründe muß der erste Satz des Zitats einengend dahin verstanden werden, daß bei der Prüfung der Frage einer etwaigen Schlechterstellung in der Strafhöhe die Strafaussetzung außer Betracht zu bleiben habe.

47) § 260 Abs. IV Satz 2 StPO, ausnahmsweise durch Beschluß im Rahmen einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung nach § 460 StPO, BGHSt 7/180

48) Formulierung in diesem Zusammenhang gebraucht von Beling JW 1925/2331, Anm. zu Nr. 3

Als Bestätigung der Ansicht Hellmers, die Strafaussetzung sei eine gleich belastende Vollstreckungsmodalität, stünde das Urteil auch im Gegensatz zur sonstigen Rechtsprechung des BGH in dieser Frage. In BGH JZ 1954/101⁴⁹⁾ wird ausgeführt, § 23 StGB habe das sachliche Recht nicht nur geändert, sondern auch gemildert. BGHSt 7/180 (182) spricht von der Aussetzung als einer Vergünstigung. Die Entscheidung 3 StR 120/54⁵⁰⁾ sieht die Aussetzungsstrafe gegenüber einer Gefängnisstrafe als die mildere an. Die Entscheidung BGHSt 9/104 (106)⁵¹⁾ führt aus, daß die Aussetzung der Entscheidung über die Jugendstrafe (§ 27 JGG) ein für den Angeklagten günstiger Rechtszustand sei, der durch § 358 Abs. II StPO gewährleistet werde.

3. Die Strafaussetzung als Milderung

In Einklang mit dieser Rechtsprechung sieht die herrschende Lehre⁵²⁾ die von Hellmer geleugnete Milderung darin, daß der Angeklagte durch die Aussetzungsanordnung vorläufig vor dem Freiheitsentzug bewahrt bleibt und darüberhinaus die Möglichkeit hat, endgültigen Straferlaß zu erlangen. Sie legt dabei die im StGB zweifellos vorhandene Wertung, daß die Freiheitsentziehung die schwerste Strafmaßnahme ist, zugrunde und folgert hieraus, die Verschonung hiervon müsse dann notwendig eine Vergünstigung sein.

Dies ist für den Fall, daß die Aussetzung ohne Anordnung von Auflagen erfolgt (§ 24 Abs. II StGB), zweifellos überzeugend. Es bedarf näherer Begründung für die Fälle, in denen Auflagen erteilt werden. Eröffnet nämlich die Strafaussetzung, ~~nicht~~ sich genommen ein Vorteil, die Möglich-

49) JZ 1954/101 = NJW 1954/40

50) siehe Kaufmann a. a. O. JZ 1958/297 (300 Fußnote 34)

51) BGHSt 9/104 = NJW 1956/960

52) Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 27, Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 7, Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 4 a, Bruns GA 1956/193 (235), Mittelbach JR 1955/5 (8), Dallinger-Lackner § 59 Rdnr. 3, Kohlrausch-Lange § 2 Anm. VII, Grethlein Verschlechterungsverbot S. 49; ebenso OLG Hamm NJW 1955/1000, OLG Köln MDR 1956/759

keit zu belastenden Auflagen⁵³⁾, so bleibt sie nur eine Vergünstigung, wenn der Richter diese Möglichkeit nicht dazu benutzen kann, Auflagen auszusprechen, die belastender als der Strafvollzug sind. Es ist ja zu-
mindest fraglich, ob es eine Verbesserung für den Angeklagten darstellt, wenn z. B. eine geringe Freiheitsstrafe ausgesetzt wird unter gewichtigen erzieherischen Weisungen für eine um ein Vielfaches längere Bewährungszeit (2 - 5 Jahre). Sollte nach der Wertung des Gesetzes diese Möglichkeit bestehen, so könnte die Strafaussetzung nicht generell, sondern nur für jeden Einzelfall je nach den tatsächlich verhängten Auflagen als günstiger angesehen werden. Das aber wiederum hätte wegen der Vielzahl der möglichen Auflagen ("Erfindungsrecht" des Richters, § 24 Abs. I Satz 1 StGB) zur Folge, daß ein gesetzlicher Maßstab für das Verschlechterungsverbot unauffindbar wäre.

Bruns⁵⁴⁾ ist demgegenüber der Auffassung, die Auflagen müßten, da sie überhaupt nicht dem Verschlechterungsverbot unterlägen⁵⁵⁾, ganz außer Betracht bleiben; es komme nur auf das Verhältnis der Strafvollstreckung zur vorläufigen, eventuell endgültigen Verschonung davon ab. Er übersieht aber dabei, daß der Grad der durch die Aussetzung gewährten Vergünstigung mitbestimmt ist von der Schwere der Auflagen. Denn da der Fortbestand der Aussetzung und der Straferlaß davon abhängen, daß die Auflagen erfüllt werden, macht es für den Betroffenen einen Unterschied, ob und welche Auflagen erlassen wurden. Der ohne jede Auflage von der Vollstreckung verschonte Angeklagte steht offensichtlich besser als derjenige, dem eine Geldbuße auferlegt wird oder dem Weisungen für seine Lebensführung erteilt werden.

53) Bruns a. a. O. S. 234 und Kaufmann JZ 1958/299 bezeichnen dies als "Doppelcharakter" der Aussetzung. Daß die Aussetzung auch sonst belastend ist, zeigt deutlich der eigentümliche Fall BGH NJW 1961/1220: der Angeklagte war unter Anrechnung von 7 1/2 Monaten Untersuchungshaft zu 6 Monaten Gefängnis mit Bewährung verurteilt worden. Seine Revision gegen die Aussetzungsanordnung (!) erklärte der BGH für begründet, weil die Gefahr bestehe, daß für eine spätere Strafe des Angeklagten wegen § 23 Abs. III Ziff. 2 StGB die Strafaussetzung versagt werde

54) a. a. O. S. 235

55) Sie werden durch Beschluß, nicht durch Urteil ausgesprochen, § 268 a Abs. I StPO; Näheres hierüber unten S. 44 f

Auch Armin Kaufmann⁵⁶⁾ will die Bewährungsauflagen bei der Frage, ob die Strafaussetzung überhaupt eine Vergünstigung sei, nicht berücksichtigen; der Verurteilte könne nämlich selbst entscheiden, ob er ihnen folgen wolle. Damit ist aber nicht viel genommen, denn das bedeutet nur, daß der Betroffene drückenden Auflagen entgehen kann, wenn er die Strafvollstreckung wählt. Die Aussetzung war aber dann gerade kein Vorteil für ihn, sondern ein Nachteil, den zu vermeiden er jedoch in der Lage ist.

Gegen Bruns und Kaufmann muß man deshalb bei Beantwortung der Frage, ob nach einer im Gesetz enthaltenen Wertung die Strafaussetzung eine Vergünstigung für den Verurteilten ist, die Auflagen einbeziehen. Dies führt jedoch nicht zur Verneinung einer generellen Besserstellung durch die Strafaussetzung. Vielmehr läßt das Gesetz erkennen, daß die Belastung durch Auflagen durch die Strafvollstreckung verursachte Rechteinbuße nicht erreichen darf. Nach § 305 a Abs. 1 Satz 1 StPO darf die Auflage keinen einschneidenden, unzumutbaren Eingriff in die Lebensführung des Angeklagten enthalten. Nach der Ansicht von Bruns⁵⁷⁾ ist diese Formulierung zwar viel zu unbestimmt, um die Aufлагengewalt des Richters zu beschränken; die durch die Grundrechte und das materielle Strafrecht, dessen Strafen- und Maßregelsystem⁵⁸⁾ Sperrwirkung haben soll, bestimmten Grenzen seien enger zu ziehen. Immerhin zeigt

56) a. a. O. S. 299 Fußnote 32; ebenso Grethlein Verschlechterungsverbot S. 49

57) GA 1959/193 isbs. 207 ff., ähnlich auch Baumann GA 1958/193 (197)

58) Wo die Zulässigkeitsgrenze für Auflagen verläuft, ist schon im Grundsatz streitig; während noch allgemein angenommen wird, daß Auflagen die Grundrechte des Angeklagten nicht verletzen dürfen, besteht über die Frage, ob die Maßregeln und Strafen des StGB grundsätzlich oder jedenfalls in einzelnen Beziehungen eine Sperrwirkung haben, Streit.

Streitig ist dann weiterhin, wann im Einzelfall eine Grundrechtsverletzung anzunehmen ist; grundlegend Bruns a. a. O. und NJW 1959/1393, Baumann GA 1958/193, Stree S. 139 ff., Dürig in Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 78, zusammenfassend Schöнке-Schröder zu § 24

schon die weite Fassung der Bestimmung, daß die Lebensführung des Angeklagten nicht derart radikal unterbrochen und umgestellt werden darf wie beim Freiheitsentzug. Das Merkmal der Zumutbarkeit erfordert eine Berücksichtigung seiner persönlichen Lage und schließt Härten vom Grade des Freiheitsverlustes aus. In die gleiche Richtung weist auch § 23 Abs. II Satz 2 StGB, nach dem der Verurteilte durch die Auflagen nicht daran gehindert werden darf, eine günstige Ausbildungs- oder Arbeitsmöglichkeit wahrzunehmen. Auch das bereits gegen Hellmer gebrauchte Argument, daß es wohl schwerlich der Sinn des Gesetzes sein kann, den in seiner Persönlichkeit günstig beurteilten Angeklagten mit schärferen Sanktionen zu belegen als den unverbesserlichen, spricht gegen die Möglichkeit von Auflagen, die an Belastung dem Freiheitsentzug gleichstehen oder ihn übertreffen. Bei derartigen Auflagen böte die Strafaussetzung auch keinen Anreiz mehr zu guter Führung, da der drohende Strafvollzug kein größeres Übel wäre.

Rechtmäßige Auflagen dürfen damit nach der Wertung des Gesetzes den Übelgehalt des Strafvollzuges nicht erreichen. Die Strafaussetzung ist deshalb immer - auch im Falle der Auflagenerteilung - eine Milderung. Ihre Aberkennung ist demnach für den Angeklagten ein Nachteil.

Damit kann der Grundfall des Problemkreises gelöst werden: die Aberkennung der Strafaussetzung in einem zugunsten des Angeklagten eingeleiteten Rechtsmittel - oder Wiederaufnahmeverfahren bei unveränderter Freiheitsstrafe verstößt gegen das Verschlechterungsverbot⁵⁹⁾. Sie ist gesetzwidrig.

Von dieser Plattform aus sind die zum Teil komplizierten Sonderfälle des Problemkreises zu lösen.

59) Eine (wohl sehr selten vorkommende) Ausnahme besteht dann, wenn die Freiheitsstrafe durch Anrechnung von erlittener Untersuchungshaft bereits getilgt ist; die Aberkennung der Aussetzung ist dann ein Vorteil für den Angeklagten, BGH NJW 1961/1220. Siehe oben Fußnote 53

IV. Einzelfälle

1. Aberkennung der Strafaussetzung bei gleichzeitiger Strafmilderung
- a) Versagt ein Berufungsgericht die Strafaussetzung, während es gleichzeitig die Strafe der Höhe nach mindert, der Art nach erleichtert (Haft statt Gefängnis) oder diese Vergünstigungen kumulativ gewährt (4 Wochen Haft statt 6 Wochen Gefängnis), so ist die Frage, ob es gegen das Verschlechterungsverbot verstoßen hat, danach zu beantworten, inwieweit der Nachteil der versagten Aussetzung durch den Vorteil der Strafmilderung ausgeglichen werden kann. Dabei ist zunächst zu klären, ob ein solcher Ausgleich überhaupt möglich ist und wenn ja, welcher Grad von Milderung (wieviel Monate Gefängnis oder Wochen Haft?) ihn bewerkstelligt.

Die Meinungen in Literatur und Rechtsprechung sind geteilt. Eine große Gruppe⁶⁰⁾ bejaht trotz der Milderung in der Strafe auch hier einen Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot. Dabei wird jedoch nicht mehr, wie zu Beginn der Diskussion von Jagusch⁶¹⁾ und Maassen⁶²⁾, die ausgesetzte Strafe als eine in jedem Fall mildere, besondere Strafart angesehen, sondern darauf abgestellt, daß, solange eine Strafe ausgesetzt ist, für den Verurteilten die Möglichkeit besteht, ohne einen einzigen Tag Freiheitsentzug davonzukommen. Die Einbuße dieser Chance sei auch bei noch so starker Reduzierung der Strafe ein Nachteil. Von Kaufmann⁶³⁾ wird ergänzend ausgeführt, wenn die Vorinstanz schon für eine höhere Strafe die Aussetzung bewilligt habe, so könne man sie nicht für eine niedrigere versagen.

Die gegenteilige Ansicht vertreten Bruns⁶⁴⁾, Mittelbach⁶⁵⁾ und

60) OLG Frankfurt NJW 64/368, Schöнке-Schröder Rdnr. 44 zu § 23, Schwarz-Kleinknecht § 331 Anm. 2, Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 4 b 1, Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 7, Dallinger-Lackner JGG § 59 Rdnr. 4, Grethlein JGG § 55 Anm. 4 c, 1 c, Kaufmann JZ 1958/297 (300), Grethlein Verschlechterungsverbot S. 49, Gutmann NJW 1962/1261, Schorn Strafbefehl S. 66, Ganske S. 65

61) JZ 1953/690

62) MDR 1954/1 (4)

63) a. a. O.

64) GA 1956/193 (237)

65) JR 1955/5 (7), s. auch oben S. 8

Jagusch⁶⁶⁾, die die Aberkennung der Aussetzung ohne Strafänderung noch als Verstoß gegen das Verbot ansahen. Bruns begründet dies damit, daß andernfalls "die Bedeutung des Urteilsspruches hinsichtlich der verhängten Strafe allzusehr bagatellisiert" werde. Mittelbach, der davon ausgeht, die Aussetzung mildere die Strafe hinsichtlich der "Schwere", meint, dies müsse bei unterschiedlicher Strafhöhe unberücksichtigt bleiben, denn bei der vorhandenen gesetzlichen Ausprägung der Strafaussetzung seien nur Strafen gleicher Höhe und Art vergleichbare Größen. Jagusch schließlich führt aus, "unter besonders zu begründenden Umständen" dürfe z. B. statt auf 6 Monate Gefängnis mit Aussetzung auf 5 Monate 29 Tage ohne Aussetzung erkannt werden.

Eine Mittelmeinung vertritt Dreher⁶⁷⁾, nach dem es vom Ausmaß der Milderung abhängen soll, ob gegen das Verschlechterungsverbot verstoßen ist. Wimmer⁶⁸⁾ bringt in diesem Zusammenhang eine interessante Variation: steht gegen einen Angeklagten nicht nur die Verhängung einer vollstreckbaren oder ausgesetzten Strafe in Frage, sondern darüber hinaus die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 42 m StGB^{68a)}, so soll, wenn der Angeklagte gegen das auf Strafaussetzung und Entziehung der Fahrerlaubnis lautende Ersturteil Berufung einlegt, das Rechtsmittelgericht die Strafaussetzung aberkennen können, wenn es die Fahrerlaubnis nicht entzieht. Es sei möglich, einen Entscheidungsteil zu verschlechtern gegen eine Verbesserung des anderen, wenn das objektiv und nach der Überzeugung des Angeklagten (dessen

66) LK § 23 Anm. 4 b; Jagusch hat seine Ansicht mehrfach geändert.

In JZ 1953/690 sah er die ausgesetzte Strafe als die stets mildere an. In LK § 23 Anm. 4 b läßt er dagegen die Aberkennung bei gleichzeitiger Strafmilderung zu. In Löwe-Rosenberg Anm. 7 zu § 331 (Auflage 1963) führt er aus, eine Ermäßigung der Strafe bei Streichung der Aussetzung sei unzulässig, "weil insoweit Umrechnung nicht möglich ist."

67) Schwarz-Dreher § 23 Anm. 3

68) NJW 1959/1513 (1515)

68a) Andere Maßregeln können nicht gleichzeitig mit der Strafaussetzung erkannt werden, da ihre Voraussetzungen eine günstige Täterbeurteilung ausschließen. Auch bei § 42 m StGB liegt ein gewisser Widerspruch darin, daß einerseits ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben erwartet, andererseits der Angeklagte als charakterlich ungeeignet angesehen wird, ein Kraftfahrzeug zu führen

Berufung hauptsächlich das Ziel hat, die Fahrerlaubnis wieder zu erlangen) eine Milderung bedeute.

- b) Zur Lösung des Problems empfiehlt es sich - ebenso wie beim Verhältnis des Merkmals "Art und Höhe der Strafe" zur Aussetzung - zunächst vom Verschlechterungsverbot auszugehen. Das Problem muß ja in ähnlicher Form immer dann auftauchen, wenn ein Rechtsmittelurteil teils schärfere, teils mildere Deliktfolgen anordnet. Ins Auge gefaßt sei dabei gleich, daß ein weiterer Sonderfall der Strafaussetzung die gleiche Problematik hat: setzt ein Berufungsgericht die Strafe erstmals aus (was eine Milderung bedeutet), schärft sie dabei aber (z. B. statt 2 Monate Gefängnis nunmehr 3 Monate unter Strafaussetzung), so fragt sich auch hier, ob die Verschlechterung durch die Verbesserung egalisiert wird.

Ob in solchen Fällen das Rechtsmittelurteil den Angeklagten benachteiligt, hängt davon ab, wie sich der "Nachteil" bestimmt. Ergibt er sich aus dem Vergleich der gesamten Deliktfolgen jedes Urteils, so muß man die angeordneten Deliktfolgen jedes Urteils zusammenfassen und aus ihnen einen einheitlichen Faktor für die Gesamtbeschwerde bilden. Bei dieser Alternative wird es dann erforderlich festzulegen, wie hoch die Anordnung der Aussetzung gegenüber den Freiheitsstrafen zu bemessen ist. Die andere Möglichkeit besteht darin, jede einzelne Deliktfolge mit der entsprechenden des Ersturteils zu vergleichen und dabei, was das Entscheidende ist, schon eine Benachteiligung in einem einzigen Teilvergleich als Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot anzusehen, der durch eine Vergünstigung an anderer Stelle nicht ausgeglichen werden kann. Ganske⁶⁹⁾ nennt diese Methode die "teilende Betrachtungsweise". Eine grundsätzliche Äußerung darüber, welche Alternative zutreffend ist, fehlt bis auf diejenige von Ganske in der Literatur; die Rechtsprechung hat jedoch einzelne Fallgruppen entschieden.

Nach dem Reichsgericht⁷⁰⁾ ist es kein Verstoß gegen § 331 StPO, wenn anstelle von 1 Jahr Gefängnis unter Anrechnung von 4 Wochen

69) S. 24 f

70) RGSt 59/231 (232) = JW 1925/2331 Nr. 3 mit zust. Anmerkung von Beling; ebenso in einem obiter dictum in RG HRR 1932 Nr. 692. Zustimmend BGH JZ 1952/754 und JZ 1954/101 a. E. und Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 13

Untersuchungshaft in zweiter Instanz zu 9 Monaten Gefängnis (Milderung) ohne Anrechnung von Untersuchungshaft (Schärfung) verurteilt wird. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: "Im übrigen sind Änderungen im Strafausspruch, die keine Erschwerung des Strafübels in seiner Gesamtheit bedeuten, unbeschränkt gestattet". Beling weist in seiner zustimmenden Anmerkung eine teilende Betrachtungsweise als Formalismus zurück und meint, eine "compensatio lucri cum damno" innerhalb des Strafausspruches sei möglich. Eine andere Entscheidung des RG⁷¹⁾ sieht es nicht als Nachteil an, wenn ein auf Gefängnis und zusätzlich auf Geldstrafe lautendes Urteil durch das Berufungsgericht in der Freiheitsstrafe gemildert, in der Geldstrafe aber erhöht wird. Bei einer Gesamtbetrachtung seien nämlich die Unrechtsfolgen nicht härter geworden.

Daß sich diese Entscheidungen in ihrer zu einer Gesamtbetrachtung neigenden Tendenz nicht verallgemeinern lassen, zeigt die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁷²⁾ - und auch des BGH⁷³⁾ - zu der Frage, ob das Rechtsmittelgericht im Rahmen des Verschlechterungsverbotcs gehindert ist, Einzelstrafen zu erhöhen, wenn es die aus ihnen gebildete Gesamtstrafe beläßt. Würde man hier auf das "Strafübel in seiner Gesamtheit" - das ist die Gesamtstrafe - abstellen, so wäre der Angeklagte nicht benachteiligt, wenn nur die Gesamtstrafe unverändert bliebe oder sie oder andere Einzelstrafen gemildert werden. Das Gegenteil sagt jedoch die Rechtsprechung; die Erhöhung einer Einzelstrafe ist nach ihr eine reformatio in peius. Der Verurteilte werde nämlich durch die Möglichkeit beschwert, daß bei einem späteren Freispruch wegen der mit den übrigen Einzelstrafen bedachten Delikte die geschärfte Einzelstrafe selbständige Bedeutung erlange und allein vollstreckt werde. Das Schrifttum⁷⁴⁾ ist dem gefolgt.

71) RG Recht 1924 Nr. 1185; ebenso OLG Schleswig Schl. HA 1949/138

72) RGSt 26/167 (169) grundlegend im Anschluß an RGSt 25/297; weiterhin RGSt 67/236 (244), GA 55/316, JW 1914/436 Nr. 61, JW 1927/2050 mit zust. Anm. Honig, HRR 1930 Nr. 197

73) BGHSt 1/252, 14/5 (7)

74) Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 6 e, Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 32, Schwarz-Kleinknecht § 331 Anm. 5, Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 3 b, Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 331 Anm. 1, Peters S. 547

Die vorgetragene Ansicht geht offenbar in dieser Frage nicht vom Vergleich der Urteilsendergebnisse, der Gesamtstrafen, aus, sondern von einer Gegenüberstellung der Einzelstrafen und der Gesamtstrafe. Sie wendet damit eine teilende Betrachtungsweise an. Gegen das Verschlechterungsverbot verstoßen ist dabei schon, wenn nur ein Teilvergleich zuungunsten des Angeklagten ausfällt. Ein Ausgleich durch anderweitige Verbesserungen (Milderung einer anderen Einzel- oder der Gesamtstrafe) ist nicht zulässig. Die Begründung mit der Möglichkeit späterer Vollstreckung zeigt einmal, worin der "Nachteil" der Einzelstrafenschärfung liegt: das Ersturteil sah nur die mögliche Vollstreckung einer niedrigeren Einzelstrafe vor. Sie erklärt aber auch, warum dieser Nachteil nicht durch andere Vorteile ausgeglichen werden kann. Diese Vorteile sind dann, wenn der Nachteil für den Angeklagten fühlbar wird, bereits entfallen. Die niedrigere Gesamtstrafe oder die günstigere Einzelstrafe sind zum Zeitpunkt der Vollstreckung der geschärften Einzelstrafe bereits aufgehoben und insoweit ist der Angeklagte freigesprochen. Ein Vorteilsausgleich, wie Beling ihn im Fall RG JW 1925/2331 Nr. 3 annimmt, kann deshalb nicht Platz greifen.

- c) Eine einheitliche Antwort auf die Frage, ob der "Nachteil" aus einem Vergleich der gesamten Urteilsanordnungen oder der einzelnen verhängten Deliktsfolgen zu ermitteln ist, geben Rechtsprechung und Lehre damit nicht. Von hier aus ist die Lösung der aufgezeigten Fälle der Strafaussetzung nicht - jedenfalls nicht unmittelbar - zu finden. Auffallend ist jedoch, daß zwischen den fraglichen Fällen der Strafaussetzung und den von der allgemeinen Meinung übereinstimmend entschiedenen Fallgruppen der Gesamtstrafe trotz aller Verschiedenheit wichtige Gemeinsamkeiten bestehen; ebenso wie die Vollstreckbarkeit der Einzelstrafe bedingt ist durch den Wegfall der Gesamtstrafe, ist die Vollstreckbarkeit der ausgesetzten Strafe bedingt durch den Fortfall der Aussetzungsanordnung. Die Urteile enthalten jeweils eine primär wirksame Maßnahme (Gesamtstrafenvollstreckung bzw. Strafaussetzung) ⁷⁵⁾ und eine durch die zukünftige, dem Richter unbekannte Entwicklung auslösbbare Entscheidung. Eine weitere Gemeinsamkeit besteht darin, daß sowohl Gesamtstrafenbildung wie Strafaus-

75) Bei der Strafaussetzung ergibt sich die Vorläufigkeit der primär wirksamen Maßnahme schon unmittelbar aus dem Urteil ("Die Strafe wird zur Bewährung ausgesetzt")

setzung auf die Strafvollstreckung einwirken. Dies erlaubt es, die für das Verhältnis von Gesamtstrafe zum Verschlechterungsverbot entwickelten Grundsätze auf die Strafaussetzung zu übertragen,

Entscheidendes Kriterium für das Verbot der Schärfung einer Einzelstrafe war, daß diese selbständige Bedeutung erlangen könne. Setzt ein Berufungsgericht erstmals aus, schärft es aber die Strafe, so besteht die Möglichkeit, daß durch den Widerruf der Aussetzung die geschärfte Strafe vollstreckt wird. Diese Möglichkeit liegt sogar noch wesentlich näher, als daß eine Einzelstrafe durch nachträgliche Urteilsänderung zur Vollstreckung kommt. Ein "Vorteilsausgleich"⁷⁶⁾ kann auch hier nicht stattfinden, weil der Vorteil der Aussetzung bereits entfallen ist, wenn der Nachteil der Vollstreckung einer schärferen Strafe Platz greift. Wegen der Möglichkeit eines alleinigen Wirksamwerdens der Schärfung ist deshalb hier der Nachteil nach einer teilenden Betrachtungsweise zu ermitteln. - Das gleiche muß auch im Falle gelten, wenn das Berufungsgericht bei Strafmilderung die von der ersten Instanz gewährte Aussetzung aberkennt. Zwar wird dann im Urteil nicht der Boden für eine eventuell ungünstigere zukünftige Entwicklung bereitet, sondern eine künftige Entwicklung, nämlich die Bewährung mit Straferlaß, gerade unterbunden. Dieses Abschneiden einer für den Angeklagten günstigen Entwicklung ist jedoch ebenfalls ein Nachteil, der durch eine Strafmilderung nicht ausgeglichen werden kann: wäre nämlich diese Möglichkeit aufrechterhalten worden und hätte der Verurteilte sich bewährt, so würde der Vorteil der Straf-reduzierung gar nicht zum Tragen gekommen sein, weil die gesamte Strafe unverbüßt geblieben wäre. Die Aussicht, daß nur die Aussetzungsanordnung für die Vollstreckung ausschlaggebend geworden wäre (und diese damit nicht stattgefunden hätte), erfordert daher auch hier eine nach den einzelnen Urteilsanordnungen getrennte Betrachtungsweise.

Entscheidend hierfür spricht auch neben dieser zu der Rechtsprechung zur Gesamtstrafe gezogenen Parallele die Art der richterlichen Strafzumessung. Eine Methode, die bei der Strafaussetzung das Merkmal des "Nachteils" aus der Gesamtheit der Urteilsanordnungen ermittelt,

76) Im Rahmen des Verschlechterungsverbots spräche man besser von "Nachteilsausgleich", da es nur auf die Egalisierung des Nachteils ankommt

muß dem Rechtsmittelrichter die Erwägung zugestehen: ich darf die Strafe aus dem Vorurteil erhöhen, weil ich aussetze, bzw., ich muß die Strafe mildern, weil ich nicht aussetze. Hiermit verquickt der Richter aber Überlegungen zur Aussetzung mit der Straffestsetzung; er berücksichtigt jene bereits bei dieser. Ein solches Vorgehen widerspricht aber dem Gesetz, wonach die Aburteilung der Tat (schuldangemessene Beurteilung eines vergangenen Geschehens) und die Prognose für das künftige Verhalten des Täters zu trennen sind⁷⁷⁾. § 23 StGB hat nämlich schon zur Voraussetzung, daß Freiheitsstrafe von nicht mehr als 9 Monaten feststeht, woraus folgt, daß dieser Freiheitsstrafe keine aus § 23 StGB entnommenen Erwägungen zugrunde liegen dürfen⁷⁸⁾. In die gleiche Richtung weist auch § 263 Abs. IV StPO, der bei der Urteilsabstimmung für die Aussetzung einen Entscheid mit einfacher Stimmenmehrheit genügen läßt, während in der Schuldfrage 2/3 Mehrheit erforderlich ist.

Die teilende Betrachtungsweise ist deshalb anzuwenden. Gegen das Verschlechtigungsverbot verstoßen ist schon dann, wenn entweder die Straffestsetzung oder die Aussetzungsanordnung zum Nachteil des Verurteilten geändert wird. Damit verliert das Argument Mittelbachs, eine Bewertung der Aussetzung gegenüber der Strafe sei : -

77) BGH NJW 1954/39 (40) = JZ 1954/101 (102), der u. a. auf den Parallellfall bei der Anrechnung der Untersuchungshaft hinweist; auch hier darf sich der Richter bei Festsetzung der Strafhöhe nicht davon leiten lassen, wieviel Untersuchungshaft er anrechnen will; OLG Frankfurt NJW 1956/113, KG VRS 12/184, OLG Braunschweig VRS 16/19, Kohlrausch-Lange Vorbem. II 9 vor § 23, Hennke DRiZ 1955/3, Unklar OLG Oldenburg NJW 1954/1091.

BGH MDR 1955/394 bei Dallinger spricht nicht hiergegen. Strafzumessung und Aussetzungsanordnung waren hier nur deshalb "eng verwoben", weil beide auf dem gleichen Fehler beruhten. Ob im konkreten Fall Strafzumessungs- und Aussetzungsgründe identisch oder untrennbar verquickt sind, ist entscheidend dafür, ob die Aussetzungsfrage allein zur Überprüfung des Rechtsmittelgerichts gestellt werden kann, hierzu ausführlich Gründwald S. 181. Dieses Problem hat mit dem hier behandelten, ob die Aussetzung selbst Strafzumessungsgrund sein darf, nichts zu tun.

78) § 23 spricht demgemäß auch stets vom "Verurteilten", nicht vom "Angeklagten".

unmöglich, seine Erheblichkeit, weil ein solcher Vergleich gar nicht durchgeführt zu werden braucht. Auch dem Einwand von Bruns, die Bedeutung der Bestrafung dürfe nicht gemindert werden, muß entgegengehalten werden, daß die Aussetzung ja nicht als wichtiger angesehen wird als die Strafe, sondern lediglich als selbständiger und andersartiger Urteilsbestandteil. Abzulehnen ist schließlich auch die vermittelnde Ansicht Drehers, daß ein Ausgleich eines Nachteils schon im Grundsatz nicht möglich ist⁷⁹⁾. Gegen Wimmer, der die Aberkennung der Aussetzung kompensieren will durch das Belassen der Fahrerlaubnis, spricht, daß das Gesetz den Freiheitsentzug als schwerere Sanktion ansieht, und daß es auf die Meinung des einzelnen Verurteilten nicht ankommen kann. Im übrigen ist die Strafaussetzung allein gar nicht vergleichbar, da ihr "Wert" abhängt von der Länge der Freiheitsstrafe. Wimmer muß also letztlich auch diese in ein Wertverhältnis zur Maßregel nach § 42 m StGB bringen. Hierfür fehlt der Maßstab.

Die Aberkennung der Strafaussetzung verstößt deshalb auch dann gegen das Verschlechterungsverbot, wenn die Strafe gleichzeitig gemildert wird.

2. Erstmaliges Aussetzen im Berufungsurteil bei Verschärfung der Strafe

Dieser Fall ist bereits im Vorhergehenden mitbehandelt worden⁸⁰⁾. Auch bei ihm ist wegen der Möglichkeit des Widerrufs der Aussetzung und damit des Fortfalls der Vergünstigung schon dadurch ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot gegeben, daß nur eine angeordnete Deliktsfolge den Verurteilten benachteiligt. Dies liegt in der Strafschärfung vor.

Zum gleichen Ergebnis kommt die ganz herrschende Ansicht in Recht-

79) Drehers Ansicht ist auch unpraktikabel, weil das Gesetz nirgends sagt, wann eine Milderung erheblich ist

80) siehe oben S. 25

sprechung⁸¹⁾ und Lehre⁸²⁾. Die Gegenmeinung wurde von Jagusch⁸³⁾,
Maassen⁸⁴⁾ und Schwarz⁸⁵⁾ vertreten. Sie scheint aufgegeben zu sein.

3. Die Aberkennung der Aussetzung bei Bekanntwerden von Widerrufsgründen

- a) Das Verschlechterungsverbot schützt den Angeklagten bei Rechtsmitteln, die zu seinen Gunsten durchgeführt werden, generell vor dem Verlust der Strafaussetzung. Insoweit verleiht es der Aussetzungsanordnung eine Bestandskraft. Gleichzeitig jedoch ist jede Strafaussetzung unter den in § 25 Abs. II StGB festgelegten Voraussetzungen allgemein widerruflich. Werden solche Voraussetzungen in der Rechtsmittelinstanz festgestellt, so stoßen Bestandsgarantie des Verschlechterungsverbotes und allgemeine Widerruflichkeit aufeinander. Welchem der widerstreitenden "Prinzipien" dann der Vorzug zu geben sei, ist lebhaft umstritten. Vielfach wird angenommen, das Verschlechterungsverbot erleide hier eine Ausnahme und die Aussetzung könne aberkannt werden.

Ausgangspunkt für die Diskussion sind drei obergerichtliche Entscheidungen:

Im Fall OLG Hamm NJW 1955/1000 war der vom Amtsgericht wegen

-
- 81) BGH JR 1954/227 (228), JZ 1956/101 = NJW 1955/1847 (vgl. zu dieser Entscheidung oben S.19), OLG Oldenburg MDR 1955/436 = VRS 8/454, OLG Düsseldorf NJW 1964/216
- 82) Schönke-Schröder § 23 Rdnr. 44, Kohlrausch-Lange § 2 Anm. VII, Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 28, Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 4 b 2, Schwarz-Kleinknecht § 331 Anm. 2, Dallinger-Lackner § 59 Rdnr. 5, Grethlein JGG § 55 Anm. 4 c 1 a, Kern S. 217, Ganske S. 98, Gutmann NJW 1962/1261, Kaufmann JZ 1958/297 (299), Gründwald S. 181 Fußnote 263; aber auch Preiser NJW 1956/1222, Bruns GA 1956/193 (236) und Mittelbach JR 1955/5 (7)
- 83) JZ 1953/688 (690), aufgegeben in LK § 23 Anm. 4 b; vgl. auch oben Fußnote 66
- 84) MDR 1954/1 (4)
- 85) StPO, 20. Aufl. 1959, § 331 Anm. 1 A a; in der Bearbeitung Kleinknechts aufgegeben

Unterhaltsverletzung zu 1 Monat Gefängnis unter Strafaussetzung verurteilte Angeklagte auf seine erfolgreiche Revision hin vom Landgericht wiederum verurteilt worden, jedoch mit der Maßgabe, daß die Aussetzung "widerrufen" werde⁸⁶⁾. Das OLG Hamm entschied darauf, als "Widerruf" im Sinne des § 25 StGB verstanden sei diese Entscheidung jedenfalls unrichtig, denn hierfür sei das Gericht erster Instanz zuständig (§ 453 Abs. II Satz 1 StPO), das auch durch Beschluß, nicht durch Urteil, zu entscheiden habe (§ 453 Abs. I StPO). Für den Widerruf sei vor Eintritt der Urteilsrechtskraft überdies kein Raum. Aber auch, wenn das Landgericht den Ausdruck "widerrufen" nicht im Sinne von § 25 StGB verwenden, sondern lediglich zum Ausdruck bringen wollte, daß es nach erneuter Prüfung der Aussetzungsfrage diese nicht bewillige, ist das Urteil nach Ansicht des OLG wegen Verstoßes gegen § 358 Abs. II StPO fehlerhaft. Es macht nämlich hier nach keinen Unterschied, ob das Rechtsmittelgericht die von der früheren Instanz festgestellten Voraussetzungen für die Aussetzung anders beurteilt oder erstmals Widerrufsgründe neu feststellt. Hierfür wird weiter angeführt, daß das Gesetz gegen den Widerruf dem Betroffenen zwei Tatsacheninstanzen zubillige⁸⁷⁾, die ihm durch eine Berücksichtigung der Widerrufsgründe im Hauptverfahren nicht verkürzt werden dürften. Ausdrücklich läßt das OLG die Frage, ob dies auch gelten soll, wenn zwingende⁸⁸⁾ Widerrufsgründe festgestellt werden. Hier sei nämlich "prozessual kaum vertretbar", daß das Rechtsmittelgericht die Aussetzung zunächst aufrecht erhalte, um "sogleich die Akten dem AG zum Zwecke des Widerrufs zuzuleiten"⁸⁹⁾.

In der Entscheidung OLG Hamm NJW 1957/1850^{89a)} hatte auf die Berufung des Angeklagten das Landgericht die Aussetzung nicht mehr gewährt, weil der Angeklagte inzwischen einen Belastungszeugen zu einer falschen Aussage angestiftet hatte. Das OLG sah hierin einen Verstoß gegen § 331 Abs. I StPO. Wenigstens dann, wenn für die Widerrufsentscheidung Ermessenserwägungen notwendig seien (es kam

86) Welche Widerrufsgründe das LG annahm, läßt der Entscheidungsabdruck nicht erkennen

87) § 453 Abs. II Satz 1 und Abs. III Satz 3 StPO

88) § 25 Abs. II Ziff. 1 mit § 23 Abs. III Ziff. 2 und 3 StGB, also das Bekanntwerden zwingender Aussetzungshindernisse

89) ebenso offen gelassen von OLG Köln MDR 1956/759

89a) Anmerkung von Mayer in NJW 1958/433

der Widerruf nach § 25 Abs. II Satz 4 in Frage), dürfe der Widerrufsgrund nur vom Gericht erster Instanz berücksichtigt werden, weil sich über den Widerruf dann nur unter Abwägung gegen die für die Gewährung der Aussetzung maßgeblichen Gründe entscheiden lasse. Eine Entscheidung ohne eine solche Gesamtbetrachtung sei für den Angeklagten ein Nachteil. Offen gelassen wird wiederum, wie bei Bekanntwerden zwingender Versagungsgründe zu verfahren sei.

Der dritten einschlägigen Entscheidung⁹⁰⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde: der Angeklagte war wegen Verletzung seiner Unterhaltspflicht vom Amtsgericht zu einer Freiheitsstrafe unter Strafaussetzung verurteilt worden. Auf seine Berufung widerrief das Landgericht die Aussetzung, weil der Angeklagte das in ihn gesetzte Vertrauen nicht gerechtfertigt und den Auflagen zuwider gehandelt habe; er sei nämlich auch nach dem amtsgerichtlichen Urteil seiner Unterhaltspflicht⁹¹⁾ nicht nachgekommen. Deswegen erhöhte das Gericht auch die Strafe. Das BayObLG stimmte diesem Ergebnis zu, jedoch mit anderer Begründung. Es ließ dahinstehen, ob das Berufungsgericht zu einem Widerruf nach § 25 Abs. II Ziff. 3 oder 4 StGB berechtigt war, denn das Verhalten des Angeklagten stelle eine Fortsetzung der abgeteilten Tat dar. In diesem Fall sei das Berufungsgericht berechtigt, die neuen Teilakte einzubeziehen⁹²⁾, als eine eigene Tat abzuurteilen und eine Gesamtstrafe zu bilden.

§ 331 StPO hindere dies nicht, weil er nur eine nachteiligere Beurteilung des bereits von der ersten Instanz aburteilbaren Sachverhalts verbiete. Müsse die Gesamtstrafe nun aus einer ausgesetzten und einer nicht ausgesetzten Strafe (für den zweiten Tatteil) gebildet werden⁹³⁾,

90) BayObLGSt 1957/83 = NJW 1957/1119 = JR 1957/303 mit zust. Anm. von Mittelbach

91) Das ergibt sich mittelbar aus der Begründung des BayObLG

92) Im Anschluß an BGHSt 9/324 = NJW 1956/1725

93) Gesamtstrafenbildung aus ausgesetzter und nicht ausgesetzter Freiheitsstrafe ist möglich, BGHSt 7/180 u. NJW 1955/1485; diese Entscheidungen sind allgemein anerkannt worden, vgl. Schönke-Schröder § 79 Rdnr. 13, Leipz. Komm. § 79 Anm. 4, Kohlrausch-Lange § 79 Anm. II, Maurach I S. 673, Welzel S. 230, A. A. ursprünglich Jagusch JZ 1953/688, der von seiner Ansicht über die Rechtsnatur der Aussetzung (neue und andersartige Strafart) aus konsequent die Gesamtstrafenbildung ablehnte.

so entscheide das Berufungsgericht über die Aussetzung der Gesamtstrafe neu; es könne trotz § 331 StPO diese versagen.

Die Literatur hat zu diesen Entscheidungen ganz unterschiedlich Stellung genommen. Der Kommentar von Müller-Sax (KMR)⁹⁴⁾ ist entgegen dem OLG Hamm der Auffassung, daß unter den Voraussetzungen des § 25 Abs. II StGB die Schranken des § 331 StPO aufgehoben seien. Kein Rechtsmittelgericht könne nämlich gezwungen werden, eine Entscheidung zu treffen (nämlich die Aussetzung), die mit Sicherheit aufgehoben werde (im Widerrufsverfahren nach § 453 Abs. I und II StPO durch die erste Instanz). Die Widerrufsmöglichkeit, die sogar die Rechtskraft der Aussetzungsanordnung erheblich einengte, tue dies auch und erst recht mit dem Verschlechterungsverbot. Ähnlich äußert sich auch Jagusch in Löwe-Rosenberg⁹⁵⁾: die abermalige Aussetzung bei neu erkannten Widerrufsgründen verstoße gegen §§ 23 - 25 StGB. Sie werde nicht durch § 331 StPO gerechtfertigt, weil die Strafaussetzung von vorneherein unverzichtbar an die Möglichkeit des gesetzlichen Widerrufs gebunden sei. Nur davor, daß die bereits dem Erstrichter bekannten Tatsachen nachteiliger berücksichtigt würden, sei der Angeklagte durch das Verbot geschützt. Auch Grethlein⁹⁶⁾ meint, daß die Widerrufsmöglichkeit als Beschränkung der Rechtskraft auch die "Teilrechtskraft", die das Verschlechterungsverbot bewirke, begrenze. Hierfür spreche auch der Sinn des Verbots; eine nachteilige Wirkung auf die Entschlußfreiheit des Betroffenen habe diese Begrenzung nämlich nicht, weil der Widerruf ebenfalls erfolge, wenn das Rechtsmittel unterbleibe⁹⁷⁾. Hierin liegt das entscheidende Kriterium auch

94) § 331 Anm. 4 c, ausführliche Begründung in der 5. Auflage Anm. 4 b; ebenso Potrykus § 55 Anm. 10 und wohl auch Dallinger JZ 1953/435: "Für die Auslegung (des Verschlechterungsverbotes, d. Verf.) mögen u. a. auch die Gründe für den Widerruf der Aussetzung ... von gewisser Bedeutung sein."

95) § 331 Anm. 7 a. E.

96) Verschlechterungsverbot S. 51 und JGG § 55 Anm. 4 c 1 c; der Entscheidung BayObLGst 1957/83 stimmt Grethlein dagegen zu

97) Vom Standpunkt der Verwirkung als Grundlage für das Verschlechterungsverbot (s. hierzu oben S.10f) sei dies deshalb gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber die Widerrufsmöglichkeit ausdrücklich vorbehalten habe

für Ganske⁹⁸⁾, nach dem das Verschlechterungsverbot für alle Nachteile, die den Angeklagten auch "außerhalb der Hauptverhandlung" treffen können, nicht gilt.

Für die Ansicht des OLG Hamm und über sie hinausgehend für das Be-
kanntwerden zwingender Widerrufsgründe hat sich Armin Kaufmann⁹⁹⁾
ausgesprochen; § 331 StPO gelte generell gerade für die Fälle, bei
denen in der Berufungsinstanz neue Tatsachen bekannt würden, und
er verbiete, selbst wenn es sich um Wiederaufnahmegründe handele,
ihre Berücksichtigung bei Strafart und Strafmaß. Der Widerruf der Aus-
setzung wegen neu bekannt gewordener Umstände sei nun nichts
anderes als ein Sonderfall der partiellen Wiederaufnahme, dessen be-
sondere gesetzliche Regelung in § 25 Abs. II StGB eine Einschränkung
des Verschlechterungsverbotes nicht enthalte. Weiterhin ist auch Kauf-
mann der Ansicht, daß die dem Angeklagten gesetzlich zugebilligten
zwei Tatsacheninstanzen für das¹⁰⁰⁾ Widerrufsverfahren nicht beschnitten
werden dürften. Eb. Schmidt¹⁰⁰⁾ ist, beschränkt auf die Fälle des
§ 25 Abs. II Ziff. 1 mit § 23 Abs. III Ziff. 2 und 3, gleicher Ansicht;
es sei aus prozeßrechtlichen Gründen korrekter, wenn das Berufungs-
gericht die Akten zum Widerruf dem Amtsgericht zuleite, als wenn
es aus Zweckmäßigkeitsgründen¹⁰¹⁾ gleich selbst entscheide. Der Kom-
mentar von Dallinger-Lackner¹⁰¹⁾ meint wiederum umfassender als
Eb. Schmidt, keiner der Widerrufsgründe des § 25 Abs. II StGB be-
rechtiige das Berufungsgericht zur Entziehung der Aussetzung. Dies er-
gebe sich weniger aus dem Verschlechterungsverbot als aus der sonst
gestörten Zuständigkeitsregelung des Gesetzes. Der oben angeführten
Entscheidung des BayObLG stimmt der Kommentar zu¹⁰²⁾. Nach
Schönke-Schröder¹⁰³⁾ soll dagegen auch in diesem Fall, wie in allen
Fällen des Vorliegens von Widerrufsgründen, die Aberkennung der Straf-
aussetzung in der Rechtsmittelinstanz nicht zulässig sein.

98) S. 70

99) JZ 1958/297 (300)

100) § 331 Anm. 31

101) § 59 Rdnr. 4

102) Im Ergebnis ebenso H. W. Schmidt SchlHA 1963/109 und Schwarz-
Kleinknecht § 331 Anm. 2; a. A. noch Schwarz in der 22. Auflage
des Kommentars; gleicher Ansicht auch Mittelbach JR 1957/304

103) § 23 Rdnr. 44

- b) Um in diesem etwas verwirrenden Meinungsstreit Durchblicke zu gewinnen, sei zuerst geklärt, welche der in § 25 Abs. II StGB aufgezählten Widerrufsgründe zur Zeit der Entscheidung des Berufungsgerichts überhaupt vorliegen können. Ziff. 1 geht von Umständen aus, die bereits bei der ersten Instanz gegeben waren; dieser Widerrufsgrund kann damit auch für das Berufungsgericht zur Debatte stehen. Ziff. 2 spricht von strafbaren Handlungen des Verurteilten "innerhalb der Bewährungszeit". Diese beginnt erst mit der Rechtskraft des Urteils (§ 24 Abs. IV Satz 2 StGB), so daß zur Zeit der Rechtsmittelverhandlung dieser Widerrufsgrund noch nicht vorliegen kann. Ziff. 3 geht von Verstößen gegen die Bewährungsauflagen aus. Da Auflagen für die Dauer der Bewährungszeit erteilt (§ 24 Abs. I Satz 1 StGB) und also erst mit deren Beginn wirksam werden, kann ein solcher Verstoß im Berufungsverfahren nicht festgestellt werden¹⁰⁴⁾. Ziff. 4 nennt keine zeitliche Grenze; es ist deshalb sehr streitig, ob dadurch die Möglichkeit besteht, Handlungen des Verurteilten nach Ablauf der Bewährungszeit zu erfassen¹⁰⁵⁾. Die hier interessierende Frage, ob ein Verhalten vor Beginn der Bewährungszeit unter diese Ziffer fällt, ist dagegen wohl eindeutig zu bejahen. Andernfalls würde eine Lücke zwischen dem Geltungsbereich der Ziffer 1 (Umstände bis zur ersten Hauptverhandlung) und den Ziffern 2 und 3 (Umstände nach Eintritt der Rechtskraft) bestehen mit der unerwünschten Folge, daß derjenige Angeklagte, der unmittelbar nach der ihm gewährten Vergünstigung und der Belehrung durch das Erstgericht seine Unbelehrbarkeit zeigt, vom Widerruf verschont und damit privilegiert würde.

Das Berufungsgericht kann also nur solche Umstände erstmals feststellen, die im Sinne von Ziffer 1 oder 4 des § 25 Abs. II StGB Widerrufsgründe wären. Gemeinsam ist allen diesen Umständen, daß sie jeweils die Grundlage für den Schluß bilden, die Persönlichkeit des Angeklagten rechtfertige eine Strafaussetzung nicht. Unterschieden sind sie dadurch, daß die für Ziff. 4 erheblichen Tatsachen zur Zeit der amtsgerichtlichen Entscheidung noch nicht existent waren und ihre Berücksichtigung unmöglich war. Die in Ziff. 1 bedeutsamen Umstände lagen dagegen bereits vor und hätten bei der Verurteilung verwendet werden können. Es wird sich die Frage stellen, ob dieser Unterschied für die Anwendbarkeit des Verschlechterungsverbotes Folgen hat.

104) Unrichtig deshalb die Vorinstanz zu BayObLGSt 1957/83, s. oben S. 34)

105) s. hierüber ausführlich unten S. 66 ff.

- c) Zuvor aber muß noch die anfangs des Kapitels aufgestellte These, die Problematik der Fallgruppe rühre von einer Kollision des Verschlechterungsverbots mit der Widerruflichkeit der Aussetzung her, in anderer Richtung überprüft werden. Die Vorinstanzen zu OLG Hamm NJW 1955/1000¹⁰⁶⁾ und BayObLGSt 1957/83¹⁰⁷⁾ hatten die Aussetzung "widerrufen". Besteht eine solche, § 453 StPO entsprechende Möglichkeit des Widerrufs für die Berufungsgerichte, so wäre das nur für Urteile geltende Verschlechterungsverbot nicht berührt. Diese Möglichkeit gibt es - wie OLG Hamm NJW 1955/1000 zuzugeben ist - jedoch nicht. Einmal weist das Gesetz den formellen Widerruf der ersten Instanz zu (§ 453 Abs. II Satz 1 StPO). Zum anderen ist die Tätigkeit des Berufungsgerichts von der des Widerrufsgerichts im Sinne des § 453 Abs. II StPO völlig verschieden. Dieses überwacht in erster Linie die Lebensführung des Verurteilten in der Bewährungszeit und übt damit eine der Tätigkeit eines Vollstreckungsgerichts zumindest sehr ähnliche Funktion aus. Jenes aber beabsichtigt keineswegs eine solche Überwachung vorzunehmen, sondern es entscheidet auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung, zu dem jetzt auch die erstmals festgestellten Tatsachen gehören, neu die Aussetzungsfrage. Dies ist im Prinzip nichts anderes als eine andere Beurteilung der Tat oder die Neufestsetzung von Strafart und -höhe. Es ist also unrichtig zu sagen, das Berufungsgericht "widerrufe" die Strafaussetzung; vielmehr entscheidet es nochmals neu über die Aussetzung unter Berücksichtigung von Tatsachen, die die Qualität von Widerrufsgründen im Sinne von § 25 Abs. II Ziff. 1 und 4 StGB haben¹⁰⁸⁾. Hierzu ist es selbstverständlich zuständig¹⁰⁹⁾. Seine Entscheidungsbefugnis kann lediglich durch die für das Berufungsverfahren geltenden Sondervorschriften eingeschränkt sein, eben durch das Verschlechterungsverbot.

- d) Wie oben ausgeführt, kann das Berufungsgericht zwei durch den Zeitpunkt ihres Vorliegens unterschiedene Gruppen von aussetzungsfeindlichen Tatsachen erstmals feststellen. Ermittelt es Handlungen, die

106) s. oben S. 33

107) s. oben S. 34

108) Die übliche Bezeichnung solcher Tatsachen als "Widerrufsgründe" darf nicht zu der Annahme verleiten, die einzig mögliche gerichtliche Reaktion auf sie sei der Widerruf

109) unzutreffend deshalb Dallinger-Lackner § 59 Rdnr. 4, s. oben S. 36 gegen die Annahme der Unzuständigkeit besonders Grethlein Verschlechterungsverbot S. 51

der Angeklagte erst nach dem Ersturteil begangen hat (Widerrufsgründe gemäß § 25 Abs. II Ziff. 4 StGB), so ist schon zweifelhaft, ob sich das Verschlechterungsverbot seinem zeitlichen Geltungsbereich nach auf sie bezieht. Dieser Gesichtspunkt ist in der bisherigen Diskussion noch nicht beachtet worden.

Das Problem der zeitlichen Grenze des Verschlechterungsverbotes ist in anderem Zusammenhang bekannt und streitig. Legt ein wegen einer fortgesetzten Straftat oder einer Sammelstraftat Verurteilter Rechtsmittel ein, setzt aber sein strafbares Tun gleichwohl fort, so bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob das Berufungsgericht die neuerlichen Teilhandlungen feststellen und die Strafe ihretwegen erhöhen darf. Das Reichsgericht¹¹⁰⁾ verneinte hier die Möglichkeit einer solchen Strafschärfung, weil sie gegen das Verschlechterungsverbot verstoße. Die neuen Teilakte müßten in einem eigenen Verfahren abgeurteilt werden, wodurch freilich der Grundsatz, daß die in der Anklage bezeichnete Tat so abgeurteilt wird, wie sie in der letzten Tatsacheninstanz erscheint¹¹¹⁾, durchbrochen wurde. Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof aufgegeben¹¹²⁾. Er führt wörtlich aus¹¹³⁾: „Wie das Verbot der nochmaligen Verfolgung die zeitliche Grenze beim rechtskräftigen Schuldspruch zieht, so muß auch - in seinem Rahmen - das Verbot der Schlechterstellung zeitlich durch das Urteil begrenzt sein, an dem das Verbot der reformatio in peius haftet ... Das Verbot der reformatio in peius ... berührt

110) RGSt 42/372 (374 ff.), 49/353, 51/241 (243), zweifelnd in Bd.

66/45 (49); ebenso BayObLG NJW 1955/999 und OLG Bremen NJW 1954/1695; einschränkend OLG Hamm NJW 1955/313

111) § 264 Abs. I StPO gilt gemäß § 332 StPO auch im Berufungsverfahren; allg. Meinung, vgl. RGSt 52/253 (255), 62/130, JW 1931/2311; Schwarz-Kleinknecht § 332 Anm. 2, Eb. Schmidt § 332 Rdnr. 5, Löwe-Rosenberg § 332 Anm. 1 f.

112) BGHSt 9/324 ff. = NJW 1956/1725 = JZ 1957/483 mit abl. Anmerkung Peters; zustimmend BayObLGSt 1957/83 (vgl. oben S. 24) und OLG Braunschweig NJW 1964/1237 (1238), bestätigend BGHSt 17/5 (8), ebenso Mittelbach JR 1957/304, Schwarz-Kleinknecht § 331 Anm. 4, Schönke-Schröder Vorbem. vor § 73 Rdnr. 39, Maurach S. 634, Müller-Sax (KMR). § 358 Anm. 5 e

113) S. 333

nur die Straffrage und bindet den Richter, soweit Unrechtshandlungen in Betracht kommen, die zeitlich vor dem Urteil lagen, dessen Strafe nicht verschärft werden darf." Wegen der Teilakte nach dem Ersturteil dürfe die Strafe geschärft werden. Zur Begründung heißt es, der Gesetzgeber sei von dem Regelfall ausgegangen, daß der zweite Tatrichter bei seiner neuen Entscheidung sich nur mit zeitlich vor der ersten Verurteilung liegenden Vorgängen zu befassen haben werde. Es könne ihm nicht unterstellt werden, daß er auch eine Fortsetzung strafbaren Tuns, die sich, weil zukünftig, der Feststellung des Erstrichters entzogen habe, mittels des Verschlechterungsverbotes unbeachtet wissen wollte¹¹⁴⁾.

Diese für den speziellen Fall einer fortgesetzten Handlung aufgezeigte zeitliche Begrenzung des Verschlechterungsverbotes verdient allgemein Zustimmung. Im Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen findet sie zwar keine Stütze. Sie ergibt sich aber aus dem Zweck des Verbotes. Soll dieses nämlich den risikolosen Gebrauch des **R e c h t s m i t t e l s** gewähren, so folgt hieraus, daß es nur vor Gefahren sichert, die spezifisch im Rechtsmittelverfahren begründet sind. Die typische Gefahr des Rechtsmittels besteht aber darin, daß ein anderes Gericht urteilt. Damit wird es möglich, daß dieses Gericht auf Grund der neuen Hauptverhandlung sich ein anderes Bild vom Tathergang macht oder andere Rechtsansichten vertritt. Vor einer solchen **A b w e i c h u n g** von der Tatbeurteilung des Erstgerichts will das Verbot schützen. Bei Tatsachen, die sich erst nach Abschluß der ersten Instanz ereignet haben, liegt aber eine Abweichung nicht vor, da das Erstgericht sie nicht berücksichtigen konnte. Auch aus der psychologischen Situation des Angeklagten rechtfertigt sich die zeitliche Begrenzung. Die Befürchtung, für ein bereits abgeurteiltes Verhalten schärfer zur Rechenschaft gezogen zu werden, hätte der Angeklagte zu tragen, weil er das ihm zustehende prozessuale Recht auf Rechtsmittel ausnützt, sich also legal verhält. Die Furcht, für neues Unrecht bestraft zu werden, trifft ihn wegen seines rechtswidrigen Tuns. Es ist die Furcht, die jeder

114) Die übrige Begründung stellt auf Gegebenheiten bei der Fortsetzungstat ab; Leitgedanke ist, daß der "schwächere" Grundsatz des Verbots der reformatio in peius den Umfang der fortgesetzten Handlung nicht anders bestimmen könne als der Grundsatz "ne bis in idem".

Täter vor der Strafverfolgungstätigkeit des Staates hat oder haben sollte; sie verdient keine Privilegierung. -Im übrigen wird der Angeklagte auch nicht belastet, da für Handlungen vor der ersten Instanz das Verbot gilt und die Schärfung nur entsprechend dem späteren Verhalten vorgenommen werden darf ¹¹⁵⁾.

Die Präzisierung der zeitlichen Grenze des Verbots macht somit offenbar, daß Widerrufsgründe nach § 25 Abs. II Ziff. 4 StGB nicht im Schutzbereich von § 331 StPO liegen. Das Berufungsgericht kann sie feststellen und für den Verurteilten nachteilig verwenden. Es muß bei der Entscheidung über die Aussetzung einerseits die vom Erstgericht (bindend) festgestellten für eine günstige Beurteilung des Angeklagten sprechenden Faktoren gegen die später liegenden Umstände abwägen. Dies ist ihm entgegen der Ansicht des OLG Hamm in NJW 1957/1850 ¹¹⁶⁾ möglich ohne einen nachteiligen Eingriff in das Vorurteil ¹¹⁷⁾. Da die für die erste Instanz ausschlaggebenden Tatsachen in den Urteilsgründen fixiert sind (§ 267 Abs. III Satz 3 StPO), befindet es sich in der gleichen Lage wie ein Erstgericht, das teils günstige, zum anderen Teil aber gegen eine Strafaussetzung sprechende Umstände bei einem Angeklagten feststellt. Wie dieses muß es nun entscheiden, welche Gründe überwiegen.

In der gleichen Weise ist zu verfahren, wenn sich die vom Täter nach der ersten Instanz verübten Handlungen als Fortsetzung der abgeurteilten Tat darstellen. Das Berufungsgericht muß hier zunächst für die neuen Teilakte eine zweite Strafe auswerfen, um dann mit der vom Amtsgericht erkannten Strafe eine Gesamtstrafe zu bilden. Über deren Aussetzung ist sodann unter Beachtung der Aussetzungsgründe des Amtsgerichts neu zu entscheiden. Der Entscheidung des BayObLGSt. 1957/83 ¹¹⁸⁾ ist zuzustimmen.

115) Man kann deshalb nicht sagen, der Täter habe die prozessuale Vergünstigung "verwirkt", so aber Ganske S. 89

116) Siehe oben S.33

117) Das OLG scheint der Ansicht zu sein, das Verschlechterungsverbot hindere das Berufungsgericht, sich mit den schon zur Aussetzung festgestellten Tatsachen zu befassen.

118) Siehe oben S.34

- e) Stellt das Berufungsgericht Tatsachen erstmals fest, die Widerrufsgründe nach § 25 Abs. II Ziff. 1 wären, so hindert die angenommene zeitliche Begrenzung des Verschlechterungsverbotes seine Anwendbarkeit jedenfalls nicht; solche Umstände lagen bereits zur Zeit der erstinstanziellen Entscheidung vor, ohne jedoch dem Gericht bekannt zu sein. Daß sie nunmehr festgestellt werden, ist eine typische Folge der abermaligen Prüfung der Tat. Ebenso wenig hindert es, daß das Erstgericht in Unkenntnis dieser Tatsachen aussetzte. Das Verbot bezieht sich auch und gerade auf die Fälle, bei denen das abzuurteilende Verhalten in tatsächlicher Hinsicht anders erscheint. Ohne Gewicht ist auch der Umstand, daß die nochmalige Aussetzung durch das Berufungsgericht gegen § 23 StGB verstieße und damit gesetzwidrig wäre. Zu solchen gegen das materielle Recht verstoßenden Urteilen zwingt das Verbot oft¹¹⁹⁾. Der einzige Grund gegen seine Anwendung könnte in der in vielfache Formulierungen¹²⁰⁾ gekleideten Möglichkeiten bestehen, daß die unter dem Zwang des Verbotes ausgesprochene Aussetzung wenig später durch Widerruf rückgängig gemacht wird, und zwar aus Gründen, die schon das Berufungsgericht festgestellt hat.

Der Kommentar von Müller-Sax (KMR)¹²¹⁾ meint, dieser Widerruf erfolge mit Sicherheit. Das ist mindestens ungenau. § 25 Abs. II Ziff. 1 verweist auf § 23 StGB, in dem aber nur die in Abs. III aufgeführten Umstände, insbesondere eine in den letzten fünf Jahren erfolgte Aussetzung oder eine im gleichen Zeitraum erfolgte Verurteilung zu mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe die Aussetzung zwingend verbieten. Bei allen anderen für die Täterbeurteilung ungünstigen Tatsachen (z. B. Vorstrafen, die nicht unter Abs. III Ziffer 3 fallen, Arbeitsscheu, Verschlechterung der Lebensumstände usw.) hat das Widerrufsgericht aber ein sehr weites Tatbestandsermessen. Die Antwort auf die Frage, ob der Täter in Zukunft ein gesetzmäßiges Leben führen wird, kann möglicherweise von ihm anders gegeben

119) z. B. Unterschreiten der Mindeststrafe (RGSt 62/82), Ausspruch einer im Gesetz nicht vorgesehenen Straftat (Geldstrafe für Meineid, wenn der Vorsatz erst in der Berufung festgestellt wird); auch eine unzulässige Teilaussetzung muß erneut ausgesprochen werden, vgl. Müller-Sax (KMR) § 358 Anm. 5 c.

120) Siehe oben S. 35/36, die Ansichten von Müller-Sax, Jagusch und Grethlein

121) Siehe oben S. 35, Anm. 94

werden als vom Berufungsgericht. Eine gleichförmige Rechtsanwendung durch beide Gerichte ist also nicht gewährleistet.

Aber auch, wenn man auf die Fälle abstellt, wo die zukünftige Entscheidung des Gerichts an die eng umgrenzten zwingenden Versagungsgründe gebunden ist, und argumentiert, wenn das Gesetz nach Eintritt der formellen Urteilsrechtskraft den Widerruf zulasse und damit keine Unabänderlichkeit im Sinne einer materiellen Rechtskraft für die Aussetzungsanordnung kenne, so müsse die Beschränkung erst recht für das Verschlechterungsverbot gelten (*argumentum a maiore ad minus*), ist diese Ansicht bedenklich. Dies weniger aus dem Einwand Armin Kaufmanns (a. a. O.), der Gesetzgeber habe keine entsprechende Durchbrechung des Verschlechterungsverbotes geregelt; aus diesem Schweigen kann man wohl nichts schließen, weil die ganze zwischen dem Verbot und der Strafaussetzung bestehende Problematik ungeregelt belassen wurde. Bezweifelt werden muß vielmehr, daß das Verschlechterungsverbot gegenüber der materiellen Rechtskraft ein gleichartiges "minus" ist. Schon die Rechtsfolgen beider Institute sind verschieden: während der Grundsatz "ne bis in idem" jede Neubehandlung der abgeurteilten Tat verbietet, hindert das Verschlechterungsverbot lediglich, nachteilige Deliktsfolgen zu verhängen. Unterschiedlich ist auch die Funktion; denn das Verbot der *reformatio in peius* entfaltet seine Wirksamkeit im abhängigen Verfahren, ermöglicht die Fortsetzung und sichert dem Täter weitere Verteidigungsmöglichkeiten. Es stärkt die Stellung des Angeklagten als Subjekt des Strafverfahrens.

Ne bis in idem knüpft dagegen erst an ein formell abgeschlossenes Verfahren an und gewährt die persönliche und allgemeine Rechtssicherheit; der Grundsatz kann dem Angeklagten auch nachteilig sein¹²²). Schränkt der Gesetzgeber nun die Rechtssicherheit

122) Die Rechtsprechung bezeichnet die Wirkung des Verschlechterungsverbotes als eine nur zugunsten des Angeklagten wirksame, beschränkte Rechtskraft, die von den für die Rechtskraft überhaupt maßgebenden Grundsätzen beherrscht werde, RGSt 67/63 (64), BGHSt 11/319 (322), BayObLGSt 1952/66. Auch die Entscheidung BGHSt 9/324 (s. oben S. 40 Anm. 114) ist von diesem Gedanken mitbestimmt. Richtiger ist wohl wie Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 3, Müller-Sax (KMR) § 331 Anm. 1 a, b und Löwe-Rosenberg (Jagusch) davon auszugehen, daß das Verschlechterungsverbot wesensverschieden ist und nur in der Unabänderlichkeit der Strafzumessung eine der Rechtskraft ähnliche Folge hat.

ein, so ist damit nur gesagt, daß staatlicherseits wieder Ermittlungen in der gleichen Sache angestellt werden können. Hieraus läßt sich aber kein zwingender Schluß darauf ziehen, ob auch eine Rechtsstellung, die der Täter in einem von ihm selbst eingeleiteten Verfahren regelmäßig inne hat, beschränkt werden soll¹²³⁾. Zweckmäßigkeitsgründe allein rechtfertigen dies nicht, zumal keineswegs sicher ist, daß tatsächlich Arbeit gespart wird. Sollte nämlich der Angeklagte in der Revision freigesprochen werden, so entfällt jede weitere Entscheidung über die Strafaussetzung.

Der Schutz, den das Verschlechterungsverbot dem Angeklagten in seiner Stellung als Prozeßsubjekt verleiht, ist auch im Falle, daß Widerrufsgründe nach § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB vorliegen, sinnvoll. Denn einmal gibt er dem Angeklagten für die Aberkennung der Aussetzung das gleiche aus mindestens zwei Instanzen bestehende Verfahren, das dieser auch hätte, wenn er keine Berufung eingelegt hätte. Zum anderen aber bleibt demjenigen Angeklagten, der als Laie die rechtlichen Zusammenhänge nicht durchschaut, das Gefühl erspart, das Berufungsgericht habe sich mit der Aberkennung der Aussetzung für die unbegründete Rechtsmittelinlegung "revanchiert".

Auch das Argument von Ganske¹²⁴⁾, die Aberkennung der Aussetzung sei in diesen Fällen kein "Nachteil", weil sie auch außerhalb der Hauptverhandlung durch das Amtsgericht möglich sei, greift nicht durch. Es kommt nämlich für die Ermittlung des Nachteils, wie oben S. 13/14 ausgeführt, nicht auf die jeweilige Gesamtrechtslage, die durch die zu vergleichenden Urteile geschaffen wird, an, sondern auf die jeweils im Urteil angeordneten Deliktsfolgen. Hierin aber ist ein Berufungsurteil ohne Strafaussetzung härter. Außerdem stellt sich auch bei Betrachtung der Gesamtrechtslage die schon durch das Rechtsmittelgericht erfolgende Versagung der Aussetzung wegen des Verlustes der Beschwerdemöglichkeit als Nachteil dar.

Die Aberkennung der Strafaussetzung durch das Rechtsmittelgericht verstößt deshalb auch dann gegen das Verschlechterungsverbot, wenn Widerrufsgründe nach § 25 Abs. II Ziff. 1 festgestellt werden. Die

123) Eher könnte man noch folgern, daß wenn der Gesetzgeber mittels § 331 StPO sogar auf einen Teil seines Strafanspruches verzichtet zur Privilegierung des Täters im Prozeß, er diesen Vorteil um so eher gewähren dürfte, wenn er nur ein vielleicht umständlicheres Verfahren als "Preis zahlen muß"

124) S. 99, siehe auch oben S. 36

Argumente der Gegenansicht vermögen eine Ausnahme nicht zu rechtfertigen.

4. Die Verschärfung der Auflagen

Verschlechterungsverbot und eine Auflagenverschärfung können auf Grund von zwei verschiedenen Fallgestaltungen miteinander kollidieren. Einmal dann, wenn das zugunsten des Angeklagten durchgeführte Rechtsmittel gegen ein auf Aussetzung lautendes Urteil erfolglos bleibt, das Rechtsmittelgericht jedoch die Auflagen im Wege des § 268 a StPO schärft oder erstmals Auflagen erläßt. Zum andern, wenn der Angeklagte gegen eine gemäß § 268 a StPO oder innerhalb der Bewährungszeit nach § 24 Abs. III StGB/453 Abs. I StPO durch Beschluß erteilte Auflage Beschwerde einlegt (§ 305 a bzw. § 453 Abs. III Satz 1 und 2 StPO) und das Beschwerdegericht daraufhin die Auflage schärft.

Die überwiegende Meinung¹²⁵⁾ erachtet in beiden Fällen die Auflagenverschärfung für zulässig; das Verschlechterungsverbot wendet sie nicht an, weil es sich dem Wortlaut der §§ 331/358 Abs. II StPO nach nur auf die Abänderung eines Urteils erstrecke. Dagegen nimmt Ganske¹²⁶⁾ für den Fall, daß der Angeklagte gegen eine Auflage Beschwerde einlegt, an, daß das Verbot hier gelte. Er verweist darauf, daß die psychologische Zwangslage des vor der Einlegung der Beschwerde stehenden Angeklagten nicht anders sei als bei einer Berufung oder Revision. Der Zweck des Verbotes verlange hier eine analoge Anwendung. Grethlein¹²⁷⁾ meint, weiter einengend, daß in diesen Fällen zwar nicht jede Auflagenverschärfung, jedoch die durch Beschluß erfolgende Verlängerung der Bewährungszeit gegen das Verschlechterungsverbot verstoße. Diese Unterscheidung soll sich dadurch rechtfertigen, daß die Auflagen nur die wechselnde

125) OLG Stuttgart NJW 1954/611, BayObLGst 1956/253, OLG Nürnberg GA 1959/317 = FamRZ 1959/165, GA 1962/91, Bruns GA 1956/193 (235), Kaufmann JZ 1958/297 (299) (Fußnote 31), Löwe-Rosenberg (Jagusch) § 305 a Anm. 3 c und § 331 Anm. 7, Eb. Schmidt § 331 Rdnr. 30, Müller-Sax (KMR) § 305 a Anm. 5 b, Schwarz-Klein-knecht § 331 Anm. 3, Schönke-Schröder § 23 Rdnr. 44

126) S. 71 und 7 f.

127) Verschlechterungsverbot S. 40

Ausgestaltung des für die Bewährung gezogenen zeitlichen Rahmens darstellten, während die Verlängerung der Bewährungszeit diesen Rahmen selbst betreffe und deshalb eine Vergrößerung des Übels sei.

Der Meinung von Ganske ist nicht beizupflichten. Es ist zwar richtig, daß sich die Rechtslage des Angeklagten durch die Schärfung der Auflagen verschlechtert, da er nun mehr Leistungen erbringen muß, um Straferlaß zu verdienen. Diese Aussicht mag ihn auch bei der Einlegung der Beschwerde beeinflussen. Eine analoge Anwendung kann aber nur dort stattfinden, wo das Gesetz eine Lücke hat. So ergab sich beispielsweise bei der Auslegung des Merkmals "Strafe" in §§ 331/358 Abs. II StPO durch die Bestimmung, daß einige Maßnahmen der Sicherung und Besserung vom Verbot ausgenommen sein sollten, zwingend, daß andere Maßnahmen dem Verbot unterlagen¹²⁸⁾. Damit wurde deutlich, daß unter dem Begriff "Strafe" mehr zu verstehen war als bei einer am StGB orientierten wörtlichen Auslegung. In diesem Fall war daher Raum für eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung. Bei dem Merkmal "Urteil" ist dies nicht der Fall. Hierunter versteht das Gesetz nur das auf Grund einer Hauptverhandlung ergehende Erkenntnis (§ 260 Abs. I StPO). Es hat demzufolge bei den Rechtsbehelfen, die sich gegen Urteile richten, Berufung, Revision und Wiederaufnahme, das Verschlechterungsverbot jeweils geregelt. Bei der Beschwerde gegen Beschlüsse fehlt eine solche Regelung. Hieraus kann nur gefolgert werden, daß das Verbot nicht gelten soll. Für eine analoge Anwendung ist deshalb kein Raum.

Die gleichen Gründe sprechen auch gegen Grethlein. Darüberhinaus ist eine grundsätzliche Unterscheidung nach dem Übelgehalt zwischen Auflagenschärfung und Bewährungszeitverlängerung nach dem objektiven Maßstab des Gesetzes nicht möglich. Das Gesetz behandelt beide Maßnahmen sowohl in den materiellen wie in den verfahrensrechtlichen Vorschriften stets als gleichrangig (§§ 24 StGB, 268 a Abs. I, 305 a Abs. I, 453 StPO).

Das Verschlechterungsverbot hindert demnach eine Verschärfung der Auflagen nicht.

128) Siehe oben S. 8

B. Zweiter Hauptteil: DER WIDERRUF DER STRAFAUS- SETZUNG

I. Die Einteilung der Widerrufsgründe

Das Gesetz zählt in § 25 Abs. II Ziff. 1 - 4 StGB die Gründe für den Widerruf der Strafaussetzung auf. Obwohl die Rechtsfolge bei allen Ziffern jeweils dieselbe ist, nämlich der zwingend¹²⁹⁾ vorgeschriebene Widerruf, gehören die Widerrufsgründe ihrem Charakter nach zwei verschiedenen Gruppen an: während in Ziffer 1 erforderlich, aber auch ausreichend ist, daß die Aussetzung zu Unrecht erfolgte, verlangen die Ziffern 2 - 4, daß der Täter sich nicht bewährt hat. Ziffer 1 dient der Korrektur des die Aussetzung anordnenden Urteils und steht damit in der Nähe einer Wiederaufnahme. Dagegen gehen die Ziffern 2 - 4 von einer zu Recht erfolgten Aussetzungsanordnung aus und stellen darauf ab, ob der Täter die ihm aus der Aussetzung erwachsenden Pflichten verletzt hat.

II. Der Widerruf bei zu Unrecht erfolgter Aussetzung (§ 25 Abs. II Ziff.1)

1. Das Problem

§ 25 Abs. II Ziff. 1 bestimmt, daß das zuständige Gericht die Aussetzung zu widerrufen hat, "wenn Umstände bekannt werden, die bei Würdigung des Wesens der Aussetzung zu ihrer Versagung geführt hätten". Da die Gründe für Gewährung oder Versagung der Aussetzung in § 23 StGB aufgeführt sind, ergeben sich aus ihm die möglichen Widerrufsfälle, nämlich:

- a) die bekannt gewordenen Umstände nötigen zu einer ungünstigen Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und seines Vorlebens und lassen eine positive Prognose nicht mehr zu (z. B. mehrere Geldstrafen, Arbeits scheu, ungünstige Familienverhältnisse), § 23 Abs. II,

129) Daß der Widerruf zwingend vorgeschrieben ist, ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut, der keine auf ein Rechtsfolgeermessen hindeutende Fassung (z. B. ... so kann, ... so soll) hat im Gegensatz zu Abs. I Satz 2;

OLG Hamm JMB1 NRW 1956/271 Nr. 2, Schulze NJW 1957/772, Schönke-Schröder § 25 Rdnr. 6/7, Schwarz-Dreher § 25 Anm. 4

- b) sie lassen die Strafvollstreckung im öffentlichen Interesse als notwendig erscheinen, § 23 Abs. III Ziff. 1^{129a)},
- c) sie bestehen darin, daß der Betroffene innerhalb der letzten fünf Jahre vor Begehung der Straftat bereits einmal Strafaussetzung erhalten hat, § 23 Abs. III Ziff. 2,
- d) sie sind Freiheitsstrafen von insgesamt mehr als sechs Monaten, erkannt von einem inländischen Gericht innerhalb des gleichen Zeitraumes wie unter c), § 23 Abs. III Ziff. 3.

Die für einen Widerruf tauglichen Umstände sind vor allem durch die generelle Regelung unter a) damit zahllos; der Anwendungsbereich des § 25 Abs. II Ziff. 1 demnach sehr weit. Dies um so mehr, als das Gesetz keine zeitliche Grenze für den Widerruf wegen solcher bereits vor der letzten Tatsacheninstanz liegenden Umstände vorschreibt außer der, daß die Strafe noch nicht erlassen sein darf (§ 25 Abs. I Satz 1 StGB mit § 453 Abs. III Satz 4 StPO). Das bedeutet: Jahre (je nach der Dauer der Bewährungszeit 2 - 5 Jahre, § 24 Abs. IV Satz 1 StGB) nach der Verurteilung, bei der sie bereits vorlagen und ihrerseits Jahre zurücklagen (vgl. § 23 Abs. III Ziff. 2 und 3 StGB), müssen sie noch zum Nachteil des Betroffenen herangezogen werden. Das ist besonders dann unbefriedigend, wenn der Verurteilte sich inzwischen einwandfrei geführt hat. Diese gute Führung kann nach dem Gesetzeswortlaut, der ganz auf den Zeitpunkt der Aussetzungsentscheidung abstellt, nicht berücksichtigt werden. Stellt sich somit am Ende einer erfolgreich bestandenen Bewährungsfrist heraus, daß ein Aussetzungshindernis vorlag, so muß der Widerruf erfolgen.

In Literatur und Rechtsprechung hat diese Rechtslage vereinzelt Unbehagen ausgelöst. So meint Schulze¹³⁰⁾, die Widerrufsmöglichkeit solle nur mit größter Zurückhaltung angewandt werden, da durch sie die geltenden Wiederaufnahmevorschriften durchbrochen würden. Meister¹³¹⁾ ist der Ansicht, es sei in einem Rechtsstaat undenkbar, daß ein Gericht eine von ihm erkannte Strafe nachträglich auf Grund neuer Ermittlungen im Beschlußwege zuungunsten des Verurteilten abändere. Er sieht § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB nur dann als gültig an, wenn der Strafaussetzung der Charakter einer Gnadenentscheidung zugesprochen werde. Das LG

129 a) Solche Umstände werden dem aussetzenden Gericht jedoch in aller Regel bekannt sein

130) NJW 1957/772 (773), für einengende Auslegung auch H. W. Schmidt SchIHA 1963/109

131) DRiZ 1953/218, siehe auch oben S. 4

Duisburg¹³²⁾ und der Kommentar von Schönke-Schröder¹³³⁾ suchen eine Einschränkung dadurch zu erreichen, daß sie den Widerruf nicht zulassen, wenn die einschlägigen Tatsachen dadurch unbekannt geblieben sind, daß das aussetzende Gericht seiner Aufklärungspflicht nicht genügt hat. Das OLG Hamm¹³⁴⁾ schließlich hat ausgeführt, daß entgegen dem Wortlaut der Bestimmung ein gesetzmäßiges Verhalten des Verurteilten in der Bewährungszeit mitberücksichtigen und gegen die aus der neu bekannt gewordenen Tatsache folgende nachteilige Beurteilung abzuwägen sei.

Eine eingehende Untersuchung zu diesen Fragen soll hier versucht werden. Dabei ist auszugehen von dem grundsätzlichen Einwand Meisters, § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB sei am Erfordernis eines rechtsstaatlichen Verfahrens gemessen bedenklich. Solche Bedenken könnten aus Art. 103 Abs. III GG, dem Grundsatz "ne bis in idem" hergeleitet werden.

2. Das Verhältnis zum Grundsatz "ne bis in idem", Art. 103, Abs. III GG

Art. 103 Abs. III GG bindet - unabhängig davon, inwieweit man ihn durch vor seinem Inkrafttreten ergangene Gesetze für eingeschränkt erachtet¹³⁵⁾ - den späteren Gesetzgeber (Art. 1 Abs. III GG)¹³⁶⁾. Er enthält ein Verbot

132) NJW 1961/1686 mit ablehnender Anm. Pauli

133) § 25 Rdnr. 6

134) GA 1957/89 = JMBI NRW 1956/271 Nr. 1

135) Das BVerfG vertritt die Ansicht, Art. 103 Abs. III GG habe dem Grundsatz ne bis in idem insoweit verfassungsrechtlichen Rang gegeben, als er zur Zeit des Inkrafttretens des GG gegolten habe, BVerfG 3/248 (252); ebenso BGHSt 3/13 (16), 6/122 (125), Löwe-Rosenberg Anm. 21 a vor § 151, Eb. Schmidt LK I Rdnr. 324, Leibholz-Rinck Art. 103 Rdnr. 15. Kritisch hierzu Maunz-Dürig Art. 103 Abs. III Rdnr. 123 und 131 ff. Das Problem spielt eine Rolle für Frage, ob sich die beschränkte Rechtskraft des Strafbefehls mit Art. 103 Abs. III vereinbaren läßt.

136) Maunz-Dürig Rdnr. 122 zu Art. 103 Abs. III

der Doppelverfolgung auf Grund der allgemeinen Strafgesetze¹³⁷⁾ In seinem Schutzbereich kann der nach § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB^{137a)} vorgesehene Widerruf insofern liegen, als durch ihn eine in einem formell rechtskräftigen Urteil enthaltene Anordnung beseitigt wird. Die Entscheidung des aussetzenden Richters, der Verurteilte sei für eine Strafaussetzung tauglich, wird auf Grund von zeitlich vor dieser Entscheidung liegenden Tatsachen ausgelöscht.

Diese Urteilsänderung allein genügt jedoch noch nicht, um einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. III GG zu bejahen. Geändert durch die nachträgliche Entscheidung des Widerrufs wird nur der Teil des Urteils, der die Aussetzung verfügt. Geschützt durch Art. 103 Abs. III GG ist dieser Teil nur, wenn er Strafe wegen derselben Tat ist; nur dann ist seine Annullierung durch Widerruf eine Änderung dieser Strafe und damit eine Neubestrafung. Dahin stehen soll dabei zunächst, wie weit das Merkmal "bestraft" in Art. 103 Abs. III GG auszulegen ist. Sicher umfaßt es die Kriminalstrafe im engeren Sinn. Die erste Frage muß demnach lauten, ob die Aussetzung, verbunden mit dem Ausspruch über Art und Länge des Freiheitsentzuges, eine Kriminalstrafe ist.

Jagusch¹³⁸⁾ hat dies bejaht; nach ihm bilden Straffestsetzung, Aussetzungsanordnung und Auflagen eine einheitliche Gesamtmaßnahme, eine "Bewährungsstrafe". Ähnlich, wenn auch oft nicht so deutlich und in den Folgen konsequent wie Jagusch, haben sich Maassen¹³⁹⁾, Welzel¹⁴⁰⁾, Jeschek¹⁴¹⁾, Cüppers¹⁴²⁾, Amelunxen¹⁴³⁾, Lorenz¹⁴⁴⁾ und Nüse¹⁴⁵⁾ geäußert.

137) allg. Meinung, vgl. BGHSt 3/323 (329), 15/259; Eb. Schmidt LehrK I Rdnr. 184 und 278, Peters S. 435; der Wortlaut des Art. 103 Abs. III GG ist zu eng gefaßt.

137a) eingeführt durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz v. 4. 8. 1953

138) JZ 1953/688 ff., Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 5, siehe auch oben S. 4; ihm folgten zunächst OLG Hamm MDR 1954/374 und LG Göttingen NJW 1954/892, die diese Ansicht jedoch aufgegeben haben, vgl. Preiser NJW 1956/1222

139) MDR 1954/2

140) S. 228/229, "materiell ein Strafmittel besonderer Art"

141) ZStrW 67/529 (549) "besondere Strafart"

142) NJW 1952/993, "neue Strafart"

143) DRiZ 1953/148, "neue Erziehungsstrafe"

144) JR 1949/393 (398), "Strafe im technischen Sinn des Wortes"

145) JR 1952/423 (424), "neue Strafart"

Gegen ihre Ansicht spricht jedoch die gesetzliche Ausgestaltung der Strafaussetzung. § 263 StPO trennt die Urteilsabstimmung hinsichtlich der Strafe von der über die Strafaussetzung und verlangt für letztere lediglich einen Entscheid mit einfacher Mehrheit. § 23 StGB sondert Strafe und Aussetzung dadurch, daß eine Höchststrafe bereits zu den Aussetzungsvoraussetzungen zählt. Unerklärlich wäre weiter, warum die zur Gesamtstrafmaßnahme zählenden Auflagen nicht vollstreckbar sind. Letztlich spricht auch gegen die Auffassung, daß die angeblich eigenständige Strafart immer latent geneigt ist, in eine andere, nämlich die Vollstreckungsstrafe, überzugehen. Auch daraus, daß der Gesetzgeber die Strafaussetzung nicht als Rechtsfolge an einige Tatbestände des Besonderen Teils des StGB geknüpft hat, wie er es mit allen übrigen Strafen getan hat, folgt ein Argument gegen eine Klassifizierung als Strafart.

Schließlich ist von den Erfordernissen des Schuldstrafrechts aus gesehen eine "Bewährungsstrafe" bedenklich. Sie kann, da ungewiß ist, ob sie vollstreckt wird oder nicht, der Schuld des Täters nicht gerecht entsprechen, jedenfalls dann nicht, wenn man gleichzeitig annimmt, sie sei milder als die vollstreckbare Strafe; ist nämlich die bei Widerruf der Aussetzung erfolgende Vollstreckung schuldangemessen, so erscheint die Aussetzungsstrafe als zu milde; entspricht diese dagegen der Tat-schuld, so trifft die Vollstreckung zu hart^{145a)}.

Strafe und Aussetzung als einheitliche Strafmaßnahme verstanden widersprechen damit der positiv-rechtlichen Gesetzeslage. Die Aussetzung wird deshalb vielfach verstanden als eine in ihren Voraussetzungen selbständige Anordnung, die eine "Variation" der schuldangemessenen und zu vollstreckenden Strafe darstellt. Vergleichbar ist sie in dieser Beziehung etwa der Anrechnung der Untersuchungshaft oder der Gesamtstrafenbildung. Diese Auffassung haben sich die Rechtsprechung sowie ein großer Teil des Schrifttums zu eigen gemacht, wobei bei der näheren Bestimmung der "Variation" verschiedene Schattierungen und Abweichungen auftreten.

^{145a)} Nach der "Spielraumtheorie", BGHSt 7/28 (32), müßte sich sagen lassen, diese Möglichkeiten lägen zwischen schon schuldangemessener und noch schuldangemessener Strafe. Da es sich hier nicht um fließende Grenzen in der Strafhöhe handelt, sondern um ein Entweder-Oder der Freiheitsentziehung, ist der Spielraum nicht eingehalten.

So sieht Mittelbach¹⁴⁶⁾ in der vollstreckungshemmenden Wirkung der Aussetzung das Wesentliche. Dagegen spricht Hellmer¹⁴⁷⁾ diesem "Hemmungsgedanken" jede Richtigkeit ab und betont demgegenüber einen Wechsel im Vollstreckungsobjekt. Schröder¹⁴⁸⁾ charakterisiert die Aussetzung als einen bedingten Verzicht auf die Strafvollstreckung. Der Kommentar von Schönke-Schröder¹⁴⁹⁾ sowie das Lehrbuch von Mezger-Blei¹⁵⁰⁾ sehen in ihr eine Modifikation der Vollstreckung und rechnen die Entscheidung über sie der Strafzumessung im weiteren Sinn zu. Ebenso als Strafzumessungsakt im weiteren Sinne wird die Aussetzungsanordnung verstanden von Dallinger¹⁵¹⁾, Egner¹⁵²⁾, Grunau¹⁵³⁾ sowie den Oberlandesgerichten Braunschweig¹⁵⁴⁾, Oldenburg¹⁵⁵⁾, Schleswig¹⁵⁶⁾ und Celle¹⁵⁷⁾. Der Bundesgerichtshof¹⁵⁸⁾ rechnet die Aussetzungsanordnung dem Strafausspruch im weiteren Sinne zu und sieht das Wesen des Instituts in einer Modifikation der ausgesprochenen Freiheitsstrafe hinsichtlich der Vollstreckung, wobei der Charakter der Freiheitsstrafe nicht verändert werde. Diese Ansicht vertreten auch Bruns¹⁵⁹⁾ und Müller-Sax (KMR)¹⁶⁰⁾; Lange¹⁶¹⁾ spricht von einem neuen Modus des Bestrafens, der aber doch "mehr und anders" als eine bloße Zumessungsregelung sei; Kern dieses Strafens sei die öffentliche Mißbilligung der Tat.

Diese Auffassungen, von ihren Unterschieden einmal abgesehen, nötigen zur Klärung der Frage, ob das Merkmal "bestraft" in Art. 103 Abs. III GG eine so verstandene, neben der schuldangemessenen Strafe bestehende Maßnahme umfaßt. Die Antwort ergibt sich aus der Beziehung

146) JR 1955/5

147) JZ 1956/714, siehe oben S. 12 ff.

148) NJW 1952/6 (9)

149) § 23 Rdnr. 4

150) S. 332

151) JZ 1953/435

152) NJW 1953/1859

153) SchlHA 1954/42

154) NJW 1953/1762

155) NJW 1954/1091

156) SchlHA 1953/293

157) Nds. Rpfl. 1954/72

158) NJW 1954/39 = JZ 1954/101, BGHSt 7/180 (184)

159) GA 1956/193 (202)

160) § 331 Anm. 4 a und § 268 Anm. 1

161) Kohlrausch-Lange Vorbem. II 8 vor § 23

Tat - Strafe, die der Artikel knüpft. "Tat" im hier zutreffenden prozessualen Sinn ist "der einheitliche geschichtliche Vorgang, innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht hat"¹⁶²⁾. Andere Umstände, die nur zur kriminologischen Einordnung und Wertung der Täterpersönlichkeit festgestellt werden, zählen nicht hierher¹⁶³⁾. Aus dieser Bestimmung des Tatbegriffs folgt, daß, will man die Strafrechtspflege nicht blockieren, nur solche im Urteil enthaltenen Anordnungen Bestandswirkung nach Art. 103 Abs. III GG haben können, die im Hinblick und als Reaktion auf diesen geschichtlichen Vorgang getroffen wurden, ihn also strafrechtlich ausschöpfen. Anordnungen, deren Voraussetzungen gar nicht auf den geschichtlichen Vorgang abstellen, können diese Wirkung nicht haben. Zu letzteren gehört aber die Aussetzungsanordnung. Sie knüpft nicht an die Tat an, sondern an die Tatsache der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als neun Monaten und an das Verhalten nach der Tat sowie das Vorleben des Betroffenen¹⁶⁴⁾. Das historische Ereignis wird gerade ausgeklammert. Sie ist auch nicht, wie die Strafzumessungsgründe im engeren Sinne untrennbar mit der Reaktion auf die "Tat", der Strafe, verbunden, sondern vielmehr in Voraussetzungen, Zustandekommen (§ 267 Abs. IV StPO) und Ausspruch deutlich unterschieden.

Daraus folgt, daß der Grundsatz "ne bis in idem" mit dem Widerruf der Aussetzung nach § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB nicht kollidiert, wenn man die Rechtsnatur der Aussetzung im Sinne der oben aufgezählten Auffassungen versteht.

162) Formulierung von BGHSt 10/396 (397), dem Sinn nach ständige Rechtsprechung RGSt 9/344 (347), 56/325, 61/317, 62/112, 66/138, 70/398, 72/105; BGHSt 8/92 (94), 9/10, 13/21, 13/320 (321), 15/368, 16/200, 18/381; Henkel S. 444, Schwarz-Kleinknecht § 264 Anm. 1; Löwe-Rosenberg Einl. S. 86 und § 264 Anm. 2 ff., abweichend Peters S. 437 ff.

163) BGH NJW 1951/769 (770), Eb. Schmidt § 155 Rdnr. 5, Löwe-Rosenberg § 155 Anm. 1, Schwarz-Kleinknecht § 264 Anm. 5

164) Ob die Tat sich als Hausfriedensbruch, Diebstahl oder fahrlässige Tötung darstellt, ist für Art und Höhe der Freiheitsstrafe die Kardinalfrage; für die Aussetzung kommt es hierauf primär nicht an.

Das Verhältnis von "ne bis in idem" und Aussetzungswiderruf bedarf schließlich einer Klärung für eine dritte Gruppe von Meinungen zur Rechtsnatur der Strafaussetzung, die sie als Maßregel ansieht. Nach Eb. Schmidt¹⁶⁵⁾ ist die Aussetzungsanordnung überhaupt nicht im Strafbereich beheimatet, da sie kein Übel sei. Vielmehr habe sie den Charakter einer "spezialpräventiven Maßnahme der Resozialisierung"¹⁶⁶⁾. Ihm folgen Vrij¹⁶⁷⁾ und Armin Kaufmann¹⁶⁸⁾; ähnlicher Auffassung sind Maurach¹⁶⁹⁾ und der Kommentar von Dalcke-Fuhrmann-Schäfer¹⁷⁰⁾. Lackner¹⁷¹⁾ sieht die Aussetzung für die einmalig Gestrauchten und nicht Besserungsbedürftigen als reine Vergünstigung, für die kriminell Gefährdeten als Maßnahme eigener Art mit besserndem Charakter an. Dreher¹⁷²⁾ spricht von einer "spezifischen Koppelung von bessernder Maßregel und Strafe", Gerstner¹⁷³⁾ von einem Nebeneinander von Strafe und sichernder Maßregel, in dem die Zweispurigkeit des geltenden Strafsystems besonders zum Ausdruck komme.

Als Maßregel verstanden scheint die Strafaussetzung sich unter die in §§ 42 a ff. StGB vorgesehenen Sanktionen einzureihen, für die Art. 103 Abs. III GG gilt¹⁷⁴⁾. Die Unterschiede sind jedoch beträchtlich: die Maßnahmen der §§ 42 a ff. StGB werden entweder alleine (§ 42 b Abs. I 1. Alt. und § 42 m Abs. I 2. Alt. StGB) verhängt oder, falls sie neben der Kriminalstrafe ausgesprochen werden, geschieht dies nicht zur Modifikation der Vollstreckung dieser Strafe. Sie sind vielmehr in allen Fällen selbst die unmittelbare staatliche Reaktion auf begangene Rechtsverletzungen, was sich auch darin zeigt, daß sie regelmäßig an bestimmte Deliktgruppen des Besonderen Teils anknüpfen. Die Aussetzung kann

165) § 331 Rdnr. 24

166) In Liszt-Schmidt, 26. Auflage, S. 450 als "sichernde", in ZStrW 64/1 (7) als "bessernde" Maßnahme klassifiziert

167) ZStrW 66/218 (228/229), ebenso auch Frey ZStrW 65/5 (22)

168) JZ 1958/297 (298)

169) Maurach I S. 742, Besserungsmaßregel im formalen Gewand einer besonderen Freiheitsstrafe

170) § 23 Anm. d

171) JZ 1953/428 (430)

172) ZStrW 65/481 (493); nach Schwarz-Dreher § 23 Anm. 1 und Dreher-Maassen § 23 Anm. 1 soll je nachdem, ob Resozialisierung angestrebt wird oder nicht, die Aussetzung die Natur einer bessernden Maßnahme oder strafähnlichen Charakter haben

173) S. 29 ff.

174) Argument aus § 359 Ziff. 5 StPO

daher nicht den Maßnahmen nach §§ 42 a StGB gleichgestellt werden¹⁷⁵⁾.

Als Maßnahme verstanden gehört die Strafaussetzung damit jedenfalls nicht zu denjenigen, die eine Straftat prozeßrechtlich erledigen. Damit gilt auch hier das oben Ausgeführte: da sie nicht von der "Tat" des Angeklagten als Voraussetzung ausgeht, sondern andere Umstände für ihre Gewährung maßgeblich sind, greift für sie die Sperrwirkung des Art. 103 Abs. III GG nicht ein.

Als Ergebnis dieses Abschnittes ist daher festzuhalten: der Widerruf nach § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB kollidiert mit dem Verbot der Doppelverfolgung nach Art. 103 Abs. III GG nur dann, wenn man die Strafaussetzung auffaßt als Teil einer einheitlichen Gesamtstrafmaßnahme. Diese Auffassung widerspricht jedoch der positiv-rechtlichen Gesetzeslage.

3. Das Verhältnis zur Wiederaufnahme (§§ 359 ff. StPO)

Die Wiederaufnahmevorschriften der StPO ermöglichen, eine durch Sachurteil abgeschlossene Strafsache neu zu verhandeln. Sie sind die positive Regelung des durch Art. 103 Abs. III GG nicht geschützten Bereichs. Auch § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB erlaubt die Neuverhandlung einer Teilfrage, und zwar zuungunsten des Verurteilten. Dafür genügt, in Abweichung von § 362 StPO, schon das bloße Bekanntwerden einschlägiger Tatsachen. Neben dieser Ausweitung durchbricht die Vorschrift noch die Regelung des § 363 StPO, wonach eine Wiederaufnahme lediglich mit dem Ziel, andere Unrechtsfolgen auf Grund derselben Strafgesetze zu erreichen, unzulässig ist.

Diese Besonderheiten gegenüber den Wiederaufnahmevorschriften beeinflussen aber weder die Gültigkeit noch, wie Schulze und H. W. Schmidt (oben S. 48) meinen, die Anwendung der Widerrufsvorschrift. Denn solange der durch das Grundgesetz geschützte Bereich nicht betreten ist, hat der Gesetzgeber in der Regelung der Voraussetzungen einer neuerlichen Prüfung von Urteilsbestandteilen freie Hand. Regelt er abweichend vom bisher geltenden Recht, so gilt nur diese Regelung; die frühere Regelung ist außer Kraft und kann auch nicht durch "vorsichtige" Anwendung der neuen Vorschriften indirekt noch Geltung behalten. Auf diesem Wege ist eine einengende Auslegung des § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB nicht zu gewinnen.

175) Deshalb können die Maßregeln zur Sicherung und Besserung ihrerseits auch ausgesetzt werden, vgl. E 1962 § 105 ff.

4. Versuch einer verfassungskonformen Auslegung

Verstößt die Bestimmung des § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB nicht gegen das Verbot "ne bis in idem" und ist sie in dieser Richtung als unbedenklich anzusehen, so gilt es, auf anderem Weg Grundsätze für ihre Anwendung zu gewinnen. Die Extremfälle, die in ihrem Bereich liegen, seien zuvor nochmals aufgezeigt:

- a) Wenige Tage, nachdem sein auf Strafaussetzung lautendes Urteil rechtskräftig geworden ist, erfährt das zuständige Amtsgericht, daß der Angeklagte kurz zuvor in einer anderen Stadt zu mehr als 6 Monaten Gefängnis verurteilt worden war. Die erholte Strafliste war ohne Verschulden einer Behörde unvollständig. Der Verurteilte hatte keine Auflagen erfüllt.
- b) Nach Ablauf einer fünfjährigen Bewährungsfrist stellt sich bei den Nachforschungen für die Entscheidung über den Straferlaß heraus, daß gegen den Verurteilten vier Jahre vor Urteilserlaß bereits eine Freiheitsstrafe ausgesetzt wurde. Eine Strafliste war nicht erholt worden. Der Verurteilte hat sich bewährt; er ist der Auflage, den Arbeitsplatz zu wechseln, nachgekommen. Er unterstand zeitweise der Aufsicht eines Bewährungshelfers.

Die Frage lautet, ob diese Fälle gleich, d. h. durch den Widerruf der Aussetzung, entschieden werden können.

Die Auslegung einer Gesetzesbestimmung hat unter Beachtung des Wortlauts nach ihrem objektiven Zweck zu erfolgen; ergeben sich mehrere Auslegungsmöglichkeiten, so ist diejenige zu wählen, die den Wertvorstellungen des Grundgesetzes, vor allem den Grundrechten und der Menschenwürde, am besten entspricht¹⁷⁶⁾.

Die Worte "... Tatsachen bekannt werden, die ... zu ihrer Versagung geführt hätten" lassen erkennen, daß Tatsachen gemeint sind, die zum Zeitpunkt der Aussetzungsentscheidung bereits vorlagen und das damalige Gericht an der Aussetzung gehindert hätten. Da dieses über die Aussetzung nach § 23 StGB zu befinden hatte, können nur Umstände, die dort als erheblich aufgeführt sind, gemeint sein. Der Widerrufsrichter hat demnach vom fiktiven Standpunkt des Erstgerichts zu urteilen. Diese Wortauslegung entspricht auch dem Zweck der Vorschrift, der

176) BVerfGE 2/266 (282), 6/32 (43), 6/222 (242), 8/71 (77), 17/306 (318), 18/18 (34); Eb. Schmidt LehrK I Rdnr. 520

offensichtlich dahingeht, keine materiell unberechtigte Aussetzung zu-
zulassen.

Zweifelhaft ist nur, welche Bedeutung die Worte "... bei Würdigung
des Wesens der Aussetzung ..." dann noch haben. Schulze¹⁷⁷⁾ versteht
sie einengend. Der Widerrufsrichter habe "nur" noch vom Wesen der
Aussetzung auszugehen und sei deshalb an die Einzelregelungen des
§ 23 StGB, insbesondere an die zwingenden Versagungsgründe, nicht
gebunden. Die amtliche Begründung zu § 25 StGB verweise nicht auf
die einschlägigen Passagen bei § 23 StGB. Ferner will Schulze, ebenfalls
im Gegensatz zu der oben gefundenen Auslegung, eine gute Führung in
der Bewährungszeit berücksichtigen. Schon der Erstrichter beurteile das
Verhalten der Angeklagten seit der Tat bei der Aussetzungsentscheidung,
so daß dem Widerrufsrichter dies nicht verwehrt sein könne.

Die überwiegende Meinung¹⁷⁸⁾ lehnt dagegen eine freiere Stellung des
Widerufsrichters hinsichtlich der zwingenden Versagungsgründe ab. Sie
sieht in dem Passus "... bei Würdigung des Wesens der Aussetzung..."
lediglich eine Verweisung auf § 23 StGB, die aber wegen des übrigen
Wortlauts überflüssig wäre¹⁷⁹⁾. Die gute Führung des Betroffenen soll
jedoch berücksichtigt werden, falls die neu bekannt gewordenen
Umstände im Bereich von § 23 Abs. II StGB liegen¹⁸⁰⁾. In diesen
Fällen kommt die h. M. zu einer Abwägung der Hinderungsgründe gegen
die gezeigte Lebensführung. Noch weiter differenziert der Kommentar
von Schönke-Schröder a. a. O., der zwar von der Bindung an die zwin-
genden Versagungsgründe (§ 23 Abs. III) ausgeht, den Widerruf jedoch
dann nicht mehr zulassen will, wenn der Verurteilte sich bewährt hat.

177) NJW 1957/772

178) Schönke-Schröder § 25 Rdnr. 6, Dreher-Maassen § 25 Anm. 4,
Schwarz-Dreher § 25 Anm. 4, MaurachI, S. 746, H. W. Schmidt
SchlHA 1963/109, unklar Kohlrausch-Lange § 25 Anm. 2, wo
zwar betont wird, Ziff. 1 gehe vom "Wesen der Aussetzung"
aus, jedoch nicht gesagt ist, welche Folgerungen sich hieraus er-
geben.

179) Diese Ansicht liegt offenbar auch dem Entwurf 1962 zugrunde, dessen
§ 78 Abs. I Satz 1 nicht mehr vom "Wesen der Aussetzung" spricht
und dessen Begründung dazu gleichzeitig betont, das bisherige sach-
liche Recht werde nicht geändert.

180) so insbesondere OLG Hamm GA 1957/89 = JMBI NRW 1956/271 Nr. 1

Zur Überprüfung dieser herrschenden Meinung sei - obwohl der Einwand, es werde mit Kanonen auf Spatzen geschossen, befürchtet werden muß - die Frage gestellt, ob die Bindung des Widerrufsrichters an die zwingenden Versagungsgründe in Fällen wie oben b) nicht zu Ergebnissen führt, die die Handlungsfreiheit und die Menschenwürde des Verurteilten verletzen¹⁸¹⁾. Dazu sei zunächst aufgeführt, in welcher Weise die staatliche Gewalt dem Betroffenen bei der Gewährung der Aussetzung gegenübertritt. Dem Verurteilten wird der Vorzug der Strafaussetzung in einem ordentlichen Strafverfahren gewährt durch ein Urteil¹⁸²⁾, dessen übrige Bestandteile materiell rechtskräftig und damit bindend werden. Die Ermittlung der erheblichen Tatsachen obliegt dabei der Staatsanwaltschaft (§ 160 Abs. III StPO) und dem Gericht (§ 244 Abs. II StPO). Die Frage der Aussetzung wird in der Hauptverhandlung erörtert, das Gericht hat sie mit eingehender Begründung¹⁸³⁾ bejaht. Der Vorsitzende gibt sodann die Dauer der Bewährungszeit und die Art der Auflagen bekannt; er belehrt den Verurteilten, "daß er den Widerruf der Aussetzung zu erwarten habe, wenn er das in ihn gesetzte Vertrauen nicht rechtfertige" (§ 268 a StPO). Der so Verurteilte verläßt sich nun darauf, daß jetzt nur noch seine zukünftige Führung über die Vollstreckung der Strafe entscheide.

Dieses Vertrauen auf eine vermeintliche Rechtsposition würde für sich allein wohl noch keine Bedenken gegen einen Aussetzungswiderruf wecken. Hinzu kommt aber, daß der Verurteilte, veranlaßt durch staatlichen Druck, seine Lebensführung auf die Aussetzungsanordnung einstellt. Er erfüllt, etwa im Beispielfall b) Auflagen, die tief in seine

181) Im Grunde kommt es nur darauf an, ob ein Eingriff in die Menschenwürde vorliegt. Art. 2 Abs. I GG gibt zwar ein eigenes Recht, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Nachteil belastet zu werden, der nicht durch die verfassungsmäßige Ordnung gedeckt ist, BVerfGE 9/83 (88); ob die verfassungsmäßige Ordnung den Nachteil rechtfertigt, ist letztlich, wenn keine spezielleren Vorschriften eingreifen, aber wieder an der Fundamentalnorm des Art. 1 Abs. I GG zu prüfen (BVerfGE 17/313).

182) Gewährung durch Strafbefehl ist jedoch ebenfalls möglich, arg. aus § 408 Abs. II Satz 2 StPO

183) Eine nur floskelhafte Begründung genügt nicht

Lebensweise eingreifen.¹⁸⁴⁾ Er bemüht sich über Jahre, gemäß der Aufforderung des Gerichts ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu führen. Er steht ebenso lange unter einer möglichen verstärkten staatlichen Einflußnahme durch nachträgliche Auflagen und eventuell unter Aufsicht eines Bewährungshelfers. Er hat in allen Fällen den Nachteil, daß sein Verhalten rückbezogen werden kann auf das aussetzende Urteil; er verhält sich unter diesem Druck betont "vorsichtig".

Die Überprüfung solcher Fälle an den tragenden Grundsätzen der Verfassung erscheint hier durchaus gerechtfertigt, denn der Widerruf ist kein Geringes^{184a)}. Es geht bei ihm, nachdem diese Entscheidung durch die Aussetzung zunächst in der Schwebe geblieben ist, um die Anordnung oder das Unterbleiben des Freiheitsentzuges. Die Strafrechtspflege muß aber wegen ihrer einschneidenden Mittel in besonders engem Zusammenhang mit der Verfassung gesehen werden¹⁸⁵⁾. Gegen die Menschenwürde als Maßstab kann auch nicht eingewandt werden, der Verurteilte gehöre ja eigentlich in das Gefängnis, weswegen jede Maßnahme, die nicht den Freiheitsentzug in der Strafanstalt an Schwere übertreffe, zulässig sei. Dabei ist übersehen, daß der Betroffene durch die Verurteilung seine Menschenwürde nicht verloren hat; diese eignet ihm in seiner Eigenschaft als Mensch immer, unabhängig von seiner strafrechtlichen Vergangenheit¹⁸⁶⁾.

184) Neben Anordnungen hinsichtlich Arbeit und Ausbildung sowie der Bestellung eines Bewährungshelfers nennt das Gesetz als einschneidende Maßnahmen die ärztliche Behandlung und die Entziehungskur. Hierher kann auch eine Geldbuße gerechnet werden, die so hoch ist, daß ihre Bezahlung eine wesentliche finanzielle Einschränkung für den Verurteilten bedeutet, Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung: Verbot, als Nebenbeschäftigung politische Nachrichten zu sammeln und zu verbreiten, BGHSt 9/258 = NJW 1956/1447; Verbot, sich politisch als Schriftsteller zu betätigen, OLG Braunschweig NJW 1957/759; Verbot, fremde Kinder und Jugendliche anzusprechen, OLG Hamburg NJW 1964/1814.

184a) Dies ist neuerdings von Hanack JZ 1966/43 (47) betont worden

185) So nennt Eb. Schmidt LK I Rdnr. 333 die Strafprozeßordnung ein Ausführungsgesetz zum Grundgesetz

186) allg. Meinung, Nipperdey S. 3, Maunz-Dürig Rdnr. 21 zu Art. 1 Abs. 1 GG, Schorn S. 20, Sax S. 937, BGH MDR 1960/856

Die Staatsgewalt hat, wenn sie in Rechtsgüter des Bürgers eingreift, seine Würde zu achten¹⁸⁷⁾; Art. 1 Abs. I GG ist eine Fundamentalnorm, die das Verhältnis des Staates zum Bürger beherrscht. Ist die generelle Geltung dieses Grundsatzes damit offenkundig, so bereitet die Konkretisierung des allgemeinen Begriffs "Menschenwürde" zum Zwecke seiner Anwendung auf den Einzelfall Schwierigkeiten. Dürig¹⁸⁸⁾ hat das Wesen der Menschenwürde verdeutlicht in der Formel, daß sie dann getroffen sei, "wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird". Ebenso formuliert Sax¹⁸⁹⁾. Schorn¹⁹⁰⁾ kommt bei der Erläuterung von Art. 103 Abs. III GG zu einer Konkretisierung, indem er schreibt, der Satz "ne bis in idem" habe seinen letzten Grund in der Unantastbarkeit der Menschenwürde. Diese sei auf das Schwerste verletzt, wenn der Rechtsgenosse wegen einer möglichen neuen Anklage "in einem Schwebezustand verbleibe". Auch Maunz-Dürig¹⁹¹⁾ erachten Art. 103 Abs. III GG als Ausdruck von Art. 1 Abs. I GG. Nach Nipperdey¹⁹²⁾ und Wintrich¹⁹³⁾ verdeutlicht sich der Begriff der Menschenwürde durch das Menschenbild des Grundgesetzes; die Personenwürde ergebe sich daraus, daß der Mensch als geistig-sittliches Wesen seinsmäßig darauf angelegt sei, in Selbstbewußtsein und Freiheit sich selbst zu bestimmen, sich zu gestalten und sich in der Umwelt auszuwirken.

187) Maunz-Dürig Art. 1 Abs. I Rdnr. 2 c, Wintrich Bay-VerwBl. 1957/137; Stree S. 36; streitig ist dagegen, ob hieraus schon die Qualität eines subjektiv-öffentlichen Rechtsanspruches des Einzelnen sich ergibt, vgl. Maunz-Dürig a. a. O. Rdnr. 4 einerseits und Nipperdey a. a. O. S. 11 andererseits. Dieser Streit spielt hier keine Rolle

188) Maunz-Dürig Art 1 Abs. II Rdnr. 28; Wintrich a. a. O. S. 140 hält diese Formel für zu weit, verwendet sie aber auf S. 139 selbst; wie Dürig auch Stree S. 37

189) S. 937

190) S. 91

191) Art. 103 Abs. III Rdnr. 133; die Durchbrechung der Rechtskraft beim Strafbefehl soll u. a. deshalb unzulässig sein

192) S. 1

193) a. a. O. S. 139

Diese Formulierungen lassen zwei Schwerpunkte erkennen. Gegen die Menschenwürde ist einmal dann verstoßen, wenn der Bürger weniger nach seiner Individualität und den individuell bei ihm vorliegenden Voraussetzungen beurteilt und belangt wird als nach einem Schema. Zum anderen liegt ein Verstoß nahe, wenn in einer bereits abgeschlossenen Sache die Möglichkeit fortdauernder staatlicher Inquisition besteht.

Unter beiden Gesichtspunkten ist ein Widerruf im Beispielfall b) bedenklich. Gegen den Betroffenen wird nämlich entschieden, ohne auf die sonst allein erhebliche Bewährung abzustellen. Diese neu eingetretene Tatsache bleibt unberücksichtigt, während ausschlaggebend ein Sachstand ist, der schon vor Jahren gegeben war. Ein Unterschied zu einem Verurteilten, der die Bewährung noch nicht bestanden hat, wird nicht gemacht. Der Widerruf ist damit weitgehend schematisiert. Der Verurteilte erscheint als Objekt eines staatlicherseits durchgeführten Versuchs des "ambulanten Strafvollzuges"¹⁹⁴⁾, der unter weitesten Voraussetzungen abgebrochen werden kann, ohne daß seine bisherige Wirkung auf den Verurteilten beachtet wird. Unbeachtet ist aber vor allem, daß diese Wirkung nicht nur eingetreten, sondern vom Staat gefordert und unter seinem Druck und seiner Überwachung herbeigeführt wurde. Das Gericht, das auf die jahrelangen, von ihm selbst verlangten Bemühungen des Angeklagten reagiert in dem Sinne: Alles vergebens, die damaligen Ermittlungen waren unvollständig! würde die individuellen Gegebenheiten und Anstrengungen dieses Verurteilten nicht gerecht und verstieße damit gegen Art. 1 Abs. 1 GG.

Aber auch die Möglichkeit, die Ermittlungen stets wiederaufnehmen und die Aussetzungsentscheidung korrigieren zu können mit der Folge, daß keine Rechtssicherheit für den Verurteilten eintritt, ist unbefriedigend. Zwar verstößt der Widerruf nach § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB nicht gegen den Grundsatz "ne bis in idem". Die Rechtssicherheit als Ausfluß der Menschenwürde ist jedoch nicht auf diesen Grundsatz beschränkt; sie

194) Ausdruck bei Maassen MDR 1954/1 (3)

gilt als allgemeines Rechtsprinzip¹⁹⁵⁾. Ein "Schwebezustand" darüber, ob Strafaussetzung endgültig gewährt ist oder nicht, ist für den Bürger von dem Zeitpunkt an unerträglich, von dem er sich in seinem Verhalten auf die Aussetzung eingestellt hat.

Die Auslegung der herrschenden Meinung, die Worte "bei Würdigung des Wesens der Aussetzung" seien nicht einengend, sondern lediglich als Verweisung auf § 23 StGB gemeint, führt somit in manchen Fällen zu Ergebnissen, die nicht dem Gebot der Achtung der Menschenwürde entsprechen. Zuzustimmen ist von hier aus im Ergebnis der Ansicht von Schulze. Außer solchen verfassungsrechtlichen Bedenken sieht sich die herrschende Meinung aber noch anderen Argumenten ausgesetzt:

Ein Widerruf in Fällen wie bei Beispiel b) ist kriminalpolitisch schädlich. Denn der Betroffene hat sich die Verurteilung zur Lehre dienen lassen und ist für längere Zeit nicht mehr straffällig geworden. Die Strafverbüßung würde seine begonnene Resozialisierung unterbrechen, möglicherweise auch ganz verhindern, nachdem er an sich selbst feststellen konnte, daß auch bei anständigem Betragen trotz gegenteiliger Zusicherung des Gerichts das Gefängnis unausweichlich ist.

Andererseits fordert die Gerechtigkeit nicht unumgänglich den Widerruf. Zwar hat der Verurteilte mit der Aussetzung einen Vorteil erlangt, der ihm nicht zustand. Diese Gesetzwidrigkeit ist aber nicht

¹⁹⁵⁾ Instrukтив ist in diesem Zusammenhang ein im Verwaltungsrecht bestehender Parallellfall, nämlich die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte. Auch Verwaltungsakte werden, ebenso wie die Aussetzungsanordnung, nicht "rechtskräftig"; sie können vielmehr auf Grund neu bekannt werdender Tatsachen von der Behörde widerrufen werden. Bei rechtswidrig begünstigenden Verwaltungsakten gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts jedoch eine wichtige Einschränkung: der Widerruf ist hier nur dann zulässig, wenn das Interesse der Öffentlichkeit am Widerruf das des Einzelnen am Fortbestand der Vergünstigung überwiegt. Dies wird aus den Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes des Bürgers dann verneint, wenn der Begünstigte seine Lebensführung auf den erlassenen Verwaltungsakt eingestellt hat; BVerwGE 5/312, 6/1, 8/261, 9/251, DÖV 1958/826 und 1961/382; ebenso Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 188/189, Haueisen NJW 1958/1661, DVBl 1959/228 und 1960/913, Menger VerwArch 51/155; a. A. ForsthoFF S. 240

derart kraß, daß die Rechtssicherheit in allen Fällen zurücktreten müßte; ein solcher Grad von Unverträglichkeit mit einer gerechten Entscheidung, wie er in den Wiederaufnahmegründen der StPO vorliegt, ist nicht gegeben. Denn der Verurteilte ist ja im Urteil gemäß-regelt worden, seine Tat ist öffentlich mißbilligt¹⁹⁶⁾. Dadurch hat er einen Teil der Strafe erlitten. Darüberhinaus kann er zusätzliche Leistungen durch Erfüllung der Auflagen erbracht haben.

Die Sachaufklärung in der Aussetzungsfrage ist Aufgabe der Strafverfolgungsbehörde und des Gerichts. Der Angeklagte hat, wie im ganzen Prozeß, nicht die Pflicht, hierzu etwas beizutragen. Kommt es auf seiten der Staatsorgane zu einer Fehlleistung, so gebietet es einmal eine gewisse Fairness, die Folgen hiervon nicht ausnahmslos den Staatsbürger tragen zu lassen¹⁹⁷⁾. Zum anderen birgt die unbegrenzte Widerrufsmöglichkeit auf Grund neuer Ermittlungen die Gefahr, daß die Nachforschungen in und vor der Hauptverhandlung nicht mit genügender Gründlichkeit durchgeführt werden und die Aussetzungsent-scheidung mehr auf "Verdacht" als auf Grund einer durch gründliche Tatsachenerforschung gestützten Prognose gefällt wird. Das aber schadet auch der Autorität der Strafrechtspflege.

Schließlich muß man im Auge behalten, daß die Strafaussetzung als Rechtsinstitut ja nicht nur dem Einzelnen einen Vorteil schafft, sondern vor allem der staatlichen Strafrechtspflege nützt. Nachdem sich die kurzzeitige Freiheitsstrafe als schädlich und die Aussetzung im Gnadenwege als unzureichend erwiesen haben, ist die Strafaussetzung nach §§ 23 ff. StGB ein Instrument des Staates, mittels dessen er die ihm gestellte Aufgabe der Verbrechensbekämpfung löst. Hat der Staat aber den Vorteil, so sollte er auch die damit verglichen geringen Nachteile, die bei der Anwendung der Vorschriften im Einzelfalle seinem Strafanspruch entstehen können, tragen.

196) Diese selbständige Wirkung des Schuldspruchs heben Waiblinger, Festschrift für H. F. Pfenninger S. 157 (167), Eb. Schmidt LK I Rdnr. 318 und Gerhard Schmidt JZ 1966/89 hervor; Lange in Kohlrausch-Lange Anm. II 8 vor § 23 sieht hierin sogar den eigentlichen Sinn der Strafe und erachtet das Vollzugsübel als sekundär

197) Hiervon geht die StPO in der Regel auch aus: das bloße Bekanntwerden straferschwerender Umstände genügt für eine Neuverhandlung der Tat im Wiederaufnahmeverfahren nicht, § 362 StPO

§ 25 Abs. II Ziff. 1 StGB ist danach wie folgt anzuwenden: Werden aussetzungsfindliche Tatsachen bekannt, deren Gewicht einen Aussetzungswiderruf rechtfertigt, so hat das Gericht in allen Fällen, auch wenn es sich um zwingende Versagungsgründe handelt, diese Umstände gegen das Verhalten des Verurteilten in der Bewährungszeit abzuwägen. Ziel dieser Abwägung ist festzustellen, ob vom Verurteilten auch jetzt noch ein geordnetes und gesetzmäßiges Leben zu erwarten ist. Besteht diese Erwartung nicht, so kann der Widerruf erfolgen. Er ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Verurteilte sein Verhalten auf die Aussetzungsanordnung eingestellt hat. Das ist anzunehmen, falls er Auflagen erfüllt hat, die für längere Zeit in seine Lebensführung eingegriffen haben.

Waren solche Auflagen nicht erteilt, so ist der Widerruf jedenfalls unzulässig, wenn der Betroffene sich bewährt hat. Er hat dann durch sein Verhalten während der gesamten Bewährungszeit gezeigt, daß die Verurteilung für ihn eine Lehre war, und er hat die Belastungen der Bewährungszeit voll getragen. Fraglich ist hier, ob das gleiche auch schon früher, d. h. schon bei Verstreichen nur eines großen Teils der Bewährungszeit, angenommen werden darf. Für ein Widerrufsverbot auch in diesen Fällen spricht immerhin, daß der Betroffene bereits eine erhebliche Zeit unter der staatlichen Drohung der Strafvollstreckung gestanden hat und dadurch belastet war. Andererseits fehlt es, da seine Reaktion lediglich in einem Unterlassen gesetzwidrigen Verhaltens besteht, an jedem feststellbaren zeitlichen Einschnitt, der eine Unterteilung der Bewährungszeit rechtfertigen könnte. Eine Festlegung, etwa auf 2/3 oder 3/4 der Dauer der Bewährungszeit, wird damit willkürlich. Wegen dieser Schwierigkeit ist eine weitere Beschränkung der Widerrufsmöglichkeit durch bloßes Verstreichen nur eines Teils der Bewährungszeit nicht anzunehmen.

5. Die Bedeutung ungenügender richterlicher Aufklärung

Auf einem anderen Wege wollen das LG Duisburg¹⁹⁸⁾ sowie der Kommentator von Schönke-Schröder¹⁹⁹⁾ eine Einschränkung des § 25 Abs. II Ziff. 1 StGB erreichen. Dessen Wortlaut "... wenn Tatsachen bekannt werden ..." stellt zunächst klar, daß nur solche Umstände gemeint sind, die dem aussetzenden Gericht unbekannt waren. Kannte das Gericht die Umstände, sah in ihnen jedoch kein Aussetzungshindernis, so kann

198) NJW 1961/1686

199) § 25 Rdnr. 6

der Widerruf auf sie nicht gestützt werden^{199a)}, der Wortlaut schließt aus, daß unrichtige Rechtsanwendung von § 23 StGB im Wege des Widerrufs korrigiert wird²⁰⁰⁾.

Über diese schon im Wortlaut enthaltene Einschränkung wollen die oben Genannten noch hinausgehen: auch wenn die aussetzungsschädlichen Tatsachen unbekannt geblieben waren, diese Unkenntnis des Gerichts jedoch auf unsorgfältiger Prozeßführung beruhte, soll der Widerruf unzulässig sein. Pauli²⁰¹⁾ hat hiergegen eingewandt, für diese Einschränkung ergebe sich keine Rechtsgrundlage. Ihm folgen Maurach²⁰²⁾, Schwarz-Dreher²⁰³⁾ und H. W. Schmidt²⁰⁴⁾.

Die Auslegung des LG Duisburg ist offensichtlich von dem Bestreben getrieben, die Fehler des Gerichts nicht unbegrenzt auf den Verurteilten abwälzen zu lassen, eine Erwägung, die ihre Berechtigung hat und die auch im Vorstehenden hilfsweise mit herangezogen wurde. Sie hat aber gegenüber der hier gewählten Auffassung den Nachteil, daß sie auch Fälle privilegiert, wo dies unangebracht ist, weil der Betroffene sich noch gar nicht entsprechend der Strafaussetzung verhalten hat. Zum anderen führt sie dazu, daß bei jedem Widerruf nach Ziffer 1 zu prüfen wäre, ob das aussetzende Gericht seiner Aufklärungspflicht genügt hat. Damit würde das Widerrufsverfahren aber zu einem späten Rechtsmittelverfahren, das darüberhinaus noch von Amts wegen stattfände. Etwas derartiges ist dem Strafprozeßrecht fremd. Die Ansicht des LG Duisburg ist deshalb abzulehnen.

199a) Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn das Rechtsmittelgericht die Umstände zwar kannte, ihnen aber wegen des Verschlechterungsverbotes nicht Rechnung tragen konnte, siehe oben S. 42 ff.

200) OLG Celle NJW 1961/1638, OLG Köln MDR 1956/759

201) Anm. zu LG Duisburg a. a. O.

202) Maurach I S. 746

203) § 25 Anm. 4

204) Schl. HA 1963/109

III. Der Widerruf wegen mangelnder Bewährung

1. Das Verhältnis der Widerrufsfälle zueinander

Die Ziffern 2 - 4 des § 23 Abs. II StGB regeln die Fälle des Widerrufs wegen Nichtbewährung. Dabei handelt es sich nicht um drei voneinander unabhängige Vorschriften, vielmehr stehen die Tatbestände im Verhältnis von spezieller zu genereller Regelung. Ziffer 4 enthält die generelle Regelung, die Ziffern 2 und 3 sind hiervon Spezialfälle. Das ergibt sich deutlich aus dem Gesetz, das in Ziffer 4 davon spricht, der Verurteilte müsse auf andere Weise gezeigt haben, daß das in ihn gesetzte Vertrauen nicht gerechtfertigt war.

Daraus folgt; auch in Ziffer 2 und 3 hat der Betroffene den in ihn gesetzten Erwartungen nicht entsprochen. Diesen Schluß überläßt der Gesetzgeber hier aber nicht dem Richter, sondern er vollzieht ihn selbst auf Grund der aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen; dem Richter ist bei Vorliegen sämtlicher in Ziffer 2 und 3 aufgezählten Voraussetzungen verwehrt, das Verhalten des Verurteilten unter das Merkmal "... das in ihn gesetzte Vertrauen nicht gerechtfertigt ..." zu subsumieren. Sind die Voraussetzungen von Ziffer 2 und 3 dagegen nicht oder nicht alle gegeben, so besteht immer noch die Widerrufsmöglichkeit nach Ziffer 4. So müssen zum Beispiel Auslandsverurteilungen, Geldstrafen, Freiheitsstrafen wegen fahrlässig begangener Vergehen oder Übertretungsstrafen, die jeweils nicht den Widerruf nach Ziffer 2 begründen können, unter der Ziffer 4 gewürdigt werden. Dabei hat der Widerrufsrichter anders als in Ziffer 2 nicht von der Verurteilung auszugehen, sondern es muß das zugrunde liegende Verhalten des Probanden an den weit gefaßten Tatbestandsvoraussetzungen der Ziffer 4 messen. Ziffer 4 läßt sich deshalb von den vorhergehenden Ziffern aus gesehen als Anfangst²⁰⁵⁾atbestand kennzeichnen. Das ist im Grundsatz allgemein anerkannt.

2. Der Widerruf wegen Handlungen nach Ablauf der Bewährungszeit

Sehr streitig ist dagegen, ob die Auffangwirkung der Ziffer 4 auch dann eingreift, wenn die in Ziffer 2 aufgeführte Voraussetzung hinsichtlich

205) OLG Stuttgart NJW 1964/1585, Kohlrausch-Lange § 25 Anm. II, Schönke-Schröder § 25 Rdnr. 5, Schwarz-Dreher § 25 Anm. 4, Dreher-Maassen § 25 Anm. 4, Schneble SchlHA 1955/327, H. W. Schmidt SchlHA 1963/109

des Zeitpunktes des für den Widerruf erheblichen Verhaltens, nämlich "... innerhalb der Bewährungszeit ..." nicht erfüllt ist. Die Frage lautet, ob Ziffer 4 durch das Merkmal "auf andere Weise zeigt ..." es ermöglicht, ein Verhalten des Verurteilten nach Ablauf der Bewährungszeit für den Widerruf zu berücksichtigen. Die Möglichkeit und Notwendigkeit, erst nach Ende der Bewährungsfrist über Widerruf oder Straferlaß zu entscheiden²⁰⁶⁾, mußte zwangsläufig zu diesem Problem führen. Denn auch bei der gebotenen Eile können Monate bis zu dieser Entscheidung vergehen²⁰⁷⁾, so daß sich das Verhalten des Verurteilten während der Bewährungszeit von dem danach wesentlich unterscheiden kann; der Verurteilte, gegen den der Widerruf anstand, hat sich gebessert bzw. der kurz vor dem Straferlaß stehende Proband hat sich durch Begehung neuer Straftaten jetzt als dessen unwürdig gezeigt.

Einen Musterfall hat hierzu das OLG Köln²⁰⁸⁾ entschieden. Der wegen mehrerer Unzuchtsverbrechen Verurteilte war gegen Aussetzung der Reststrafe gemäß § 26 Abs. I StGB²⁰⁹⁾ vorzeitig aus der Strafhäft entlassen worden bei fünfjähriger Bewährungszeit. Nur zwei Tage nach deren Beendigung beging er neue Unzuchtsverbrechen, u. a. gegen Jugendliche, deretwegen er zu einer Zuchthausstrafe verurteilt wurde. Das OLG lehnte²¹⁰⁾ den Widerruf der Strafaussetzung ab. Ihm stimmen Schönke-Schröder²¹¹⁾, Pohlmann²¹²⁾, Schulze²¹²⁾ und H. W. Schmidt²¹³⁾ zu. Der Widerruf wegen eines abgeurteilten Verbrechens, so wird argumentiert, sei in Ziffer 2 ausdrücklich behandelt mit genauer zeitlicher Präzisierung. Damit sei diese Fallgruppe abschließend geregelt. Die Generalklausel der Ziffer 4 bringe hinsichtlich des Begehungszeitpunktes keine Ausweitung²¹⁴⁾, sondern sei vielmehr an Hand der Ziffern 2 und 3 einengend auszulegen.

206) Siehe hierüber unten S. 81 ff.

207) Darüberhinaus kann auch die Beschwerdeinstanz noch einschlägige Tatsachen feststellen

208) MDR 1964/75 = NJW 1963/2136

209) § 25 Abs. II gilt für diese Fälle ebenfalls, § 26 Abs. III StGB

210) § 25 Rdnr. 7

211) Anmerkung zu LG Essen Rechtspfl. 1961/435

212) NJW 1957/774

213) a. a. O.

214) Wenn schon die schwersten Verstöße gemäß Ziffer 2 nur innerhalb der Bewährungszeit erheblich seien, dann müsse dies erst recht bei den geringeren der Ziff. 4 so sein; so OLG Köln und Pohlmann

Hingewiesen wird auch darauf, daß durch eine Berücksichtigung späteren Verhaltens die Bewährungszeit - jedenfalls praktisch - verlängert werde; das verstoße aber gegen § 24 Abs. IV Ziffer 1 und 3 StGB. Auch die Rechtssicherheit des Betroffenen sei beeinträchtigt, weil er nicht wisse, wie lange er sich zu bewähren habe; dies hänge von der schnellen oder langsamen Arbeitsweise des Gerichts ab.

Diese Auffassung, die der Bewährungszeit eine Art Garantiefunktion beimißt, findet eine weitere starke Stütze im Wortlaut des § 23 Abs. I StGB, der davon spricht, daß der Verurteilte sich Straferlaß verdienen solle "durch gute Führung während der Bewährungszeit". Diesem letzten Argument kann die Gegenansicht, die von LG Essen²¹⁵⁾, Schäfer²¹⁶⁾ Dreher²¹⁷⁾ sowie dem OLG Braunschweig²¹⁸⁾ vertreten wird, allerdings entgegenhalten, daß in Abs. II von § 23 StGB "in Zukunft" ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben erwartet wird. Diese Gegenmeinung ist der Auffassung, daß die Bewährungszeit die tatsächliche Grundlage für die Widerrufsentscheidung nicht beschränke, sondern hiervon nur den wichtigsten Ausschnitt markiere. Daneben gebe es weitere erhebliche Umstände, vor allem eben das Verhalten außerhalb dieses Zeitraums. Seine Berücksichtigung für die Widerrufsentscheidung sei deshalb keine unter Verletzung von § 24 Abs. IV StGB vorgenommene Bewährungsverlängerung, sondern lediglich das Abstellen auf das gesamte Verhalten des Verurteilten. Dieses sei, wie § 23 Abs. II StGB ("in Zukunft") zeige, entscheidungserheblich für den Widerruf. Im übrigen wird es als kriminalpolitisch unerträglich angesehen, einem rückfälligen Verbrecher wie im Falle des OLG Köln durch Richterspruch zu bescheinigen, er habe sich bewährt.

Ein eigener Standpunkt läßt sich bei den sehr plausiblen Gründen beider Auffassungen nur schwer finden. Eine Wortlautauslegung spricht wohl mehr für die Ansicht des OLG Köln, weil § 23 Abs. I doch recht deutlich die gute Führung auf die Bewährungszeit beschränkt; die Merkmale "in Zukunft" und "auf andere Weise" sind demgegenüber weit weniger präzise. Eine eindeutige Entscheidung läßt der Wortlaut jedoch nicht zu^{218a)}.

215) a. a. O.

216) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 25 Anm. 5 und 7

217) MDR 1964/75 Anmerkung zu OLG Köln, NJW 1964/1581, Dreher-Maassen § 25 Anm. 4, Schwarz-Dreher § 25 Anm. 4

218) NJW 1964/1581

218a) Der Entwurf 1962 spricht in § 71 Abs. I lediglich von "künftig"

Sie muß sich vielmehr aus dem Sinn der Bestimmungen über die Bewährungszeit ergeben.

Es wäre denkbar, daß der Gesetzgeber eine Bewährung auf Lebenszeit vorgesehen hätte. Dadurch hätte, vom Standpunkt der Verbrechensverhütung aus sicherlich erwünscht, lebenslänglich die Möglichkeit bestanden, regulierend auf den Verurteilten durch Auflagen, Weisungen oder Bestellung eines Bewährungshelfers einzuwirken; ebenso lange wäre der Verurteilte unter der Drohung mit der Strafvollstreckung gestanden. Eine solche Dauervollstreckung wäre schließlich, obwohl sie wegen ihrer fehlenden Erzwingbarkeit keine eigentliche Strafvollstreckung ist, belastender als diese gewesen. Sie wäre letztlich auch wieder mit der Würde des Menschen unvereinbar. Die Beschränkung der Bewährung auf eine Bewährungszeit war deshalb aus verfassungsrechtlichen, rechtsstaatlichen Gründen unumgänglich. Dem hat das Gesetz durch die Festsetzung einer Höchstdauer der Bewährungszeit auf fünf Jahre (§ 24 Abs. IV Satz 1 StGB), durch das Verbot einer nachträglichen Verlängerung (§ 24 Abs. IV Satz 3) und durch das Gebot der sofortigen Festlegung der Bewährungsfrist (§ 268 a Abs. I StPO) entsprochen. Die Bewährungszeit garantiert damit dem Bürger das Ende der spezifischen, mit der Bewährung verbundenen Belastungen. So muß er nach Fristende keine Auflagen mehr erfüllen, da diese nur "für die Dauer der Bewährungszeit" (§ 24 Abs. I StGB) erteilt werden. Zu den Belastungen durch Strafaussetzung gehört aber auch, daß ein Verhalten des Verurteilten neben seinen unmittelbaren strafrechtlichen Folgen noch die Vollstreckung einer früheren Strafe auslösen kann. Man darf deshalb nicht wie Dreher die Bedeutung der Bewährungszeit nur darin sehen, daß " ... nach einer gewissen Frist Klarheit ... " geschaffen werden muß. Diese Auffassung, die der Bewährungszeit nur rein formelle Bedeutung zugesteht, übersieht die Garantiefunktion. Sie kann auch nicht erklären, warum eine solche Formalie den Verurteilten von der Erfüllung der Auflagen freistellt^{218b)}. Aus der Schutzfunktion der Bewährungszeit folgt, daß ein späteres

218b) Auch die zwingend auszusprechende Verpflichtung des Verurteilten, Änderungen seines Aufenthaltes anzuzeigen (§ 268 a Abs. II Satz 2 StPO), bezieht sich nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf Aufenthaltswechsel während der Bewährungszeit. Da Sinn dieser Verpflichtung ist, eine Überwachung zu ermöglichen, kann hieraus geschlossen werden, daß das spätere Verhalten nicht mehr überwacht werden soll, weil es nicht erheblich für die Entscheidung ist

Verhalten eines Verurteilten nicht für die Widerrufsentscheidung herangezogen werden kann.

Mit den durch die Strafaussetzung verfolgten kriminalpolitischen Zielen steht diese Auslegung nicht in Widerspruch. Es ist zwar richtig, daß der Gesetzgeber eine gute Führung des Verurteilten "in Zukunft", d. h. über die Bewährungszeit hinaus, erstrebt. Dies ist jedoch das Fernziel, das mit dem Instrumentarium der Strafaussetzung, wie ausgeführt, nicht zu erreichen ist. Die staatliche Gewalt muß sich vielmehr darauf beschränken, durch die Einwirkung auf den Verurteilten während eines begrenzten Zeitraumes diesen zu einem gesetzmäßigen Leben anzuhalten in der Hoffnung, daß er später aus besserer Einsicht oder Gewohnheit dabei bleibt.

Daß die Gegenansicht für den Verurteilten zu einer starken Belastung führen kann, zeigt der vom LG Essen²¹⁹⁾ entschiedene Fall: der Widerruf (1. Instanz) erfolgte 13 Monate nach dem Ende der zweijährigen Bewährungszeit; die Straftaten, auf denen er beruhte, wurden 20 Tage bzw. 9 Monate danach begangen. Die Möglichkeit, daß sein Verhalten vollstreckungsauslösend wirkt, belastete den Betroffenen um über die Hälfte der Bewährungszeit länger, als diese es vorsah. Das aber entspricht dem Rechtsgefühl ebenso wenig, wie es das Ergebnis, zu dem die hier vertretene Meinung im Fall des OLG Köln kommt, vielleicht tun mag²²⁰⁾. Selbstverständlich wird dem Verurteilten immer nur bescheinigt, daß er sich in der Bewährungszeit ordentlich verhalten hat.

Das so gefundene Ergebnis ist neuen Zweifeln ausgesetzt in Fällen, die wie der vom OLG Braunschweig, NJW 1964/1581²²¹⁾, entschiedene liegen. Der Verurteilte war während der fünfjährigen Bewährungsfrist anfangs rückfällig geworden, hatte sich aber dann, vor allem in den 13 Monaten, die zwischen dem Bewährungszeitende und der Beschwerdeentscheidung des Senats verstrichen waren, ordentlich geführt. Wegen dieses späteren guten Verhaltens hob der Senat den Widerruf der Vorinstanz auf. Ausgehend von der These Dreher's, Strafaussetzung verlange

219) a. a. O.

220) Einen Nachteil hat der Angeklagte auch dadurch, daß als strafscharfend im Verfahren wegen der neuen Taten berücksichtigt werden kann, daß diese trotz einer vorhergehenden Warnung durch die Strafaussetzung begangen wurden, so OLG Köln a. a. O.

221) mit Anmerkung von Dreher am gleichen Ort und einer Klarstellung von Preiser in NJW 1965/117. Dem OLG stimmt Maurach I S. 746

gute Führung in Zukunft, vertritt das OLG Braunschweig die Auffassung, dann sei gerade das Verhalten in allerjüngster Zeit wichtiger für Aussetzungswiderruf oder Straferlaß als das lediglich einem Torso vergleichbare, schon eine Weile zurückliegende Verhalten innerhalb der Bewährungszeit. Besonders, wenn der Verurteilte sich bessere, gehe es nicht an, diese erfreuliche Entwicklung durch Vollzug der Strafe zu unterbrechen.

Die Entscheidung erscheint bedenklich. Zwar nicht aus dem oben ausschlaggebenden Gesichtspunkt einer notwendigen Begrenzung der mit der Strafaussetzung verbundenen Belastungen, denn hier wirkt sich die Berücksichtigung des späteren Verhaltens nur zugunsten des Verurteilten aus. Vielmehr gefährdet eine solche Handhabung die allgemeine Wirksamkeit des Instituts. Dieses bringt zwar eine Vergünstigung, die vor der ganzen Schärfe des Gesetzes nochmals verschönt. Gleichzeitig aber ist die Strafaussetzung die letzte Warnung an den Verurteilten²²²⁾. Der Ernst dieser Warnung wird aber verringert und die Drohung mit der Strafvollstreckung bagatellisiert, wenn sich der Betroffene sagen kann, es komme zunächst - abgesehen von schwersten Verstößen - noch gar nicht so sehr auf eine gute Führung an, wichtiger sei erst das Verhalten gegen Ende der Bewährungszeit und dasjenige danach, wobei noch gute Führung durch Einlegen der sofortigen Beschwerde gegen einen Widerrufsbeschluß "nachgeschoben" werden kann. Wird die Strafaussetzung von dem einzelnen Angeklagten und von der Allgemeinheit so verstanden, dann ist ihre kriminalpolitische Wirksamkeit in Frage gestellt. Auch zugunsten des Verurteilten darf deshalb ein Verhalten nach dem Ende der Bewährungsfrist nicht berücksichtigt werden²²³⁾.

222) Daß sie nicht der Anfang weiteren Nachgebens sein soll, zeigt deutlich § 23 Abs. III Ziff. 2 StGB, wonach nur einmal in fünf Jahren ausgesetzt werden darf

223) Der Fall des OLG Braunschweig lag im Tatsächlichen besonders; der Angeklagte war ein Psychopath mit erheblich verminderter Zurechnungsfähigkeit, der auch während der Bewährungszeit wiederholt in geschlossene Anstalten eingewiesen werden mußte. Seine Besserung in allerletzter Zeit war überraschend. Der Senat, der überdies daran zweifelte, ob gegenüber einem solchen Angeklagten die Aussetzung überhaupt berechtigt war (vgl. Preiser a. a. O.), ließ sich von Billigkeitserwägungen leiten. Angebrachter wäre hier aber wohl die Verweisung auf den Gnadenweg gewesen

3. Der Widerruf wegen Handlungen vor Beginn der Bewährungszeit

Bringt die Ziffer 4 damit keine Ausdehnung der Widerrufsgründe über das Ende der Bewährungszeit hinaus, so bleibt die Frage offen, ob sie nicht in entgegengesetzter Richtung, nämlich über den Beginn der Bewährungszeit, zu einer Erweiterung führt²²⁴⁾. Von den Widerrufstatbeständen meint Ziffer 1 nur Umstände, die zur Zeit der letzten Tatsacheninstanz bereits vorlagen, Ziffer 2 und 3 greifen erst mit Beginn der Bewährungszeit ein, also mit Rechtskraft des Urteils. Der dazwischen liegende Zeitraum ist nicht erfaßt.

Diese Lücke muß mit Hilfe der Ziffer 4 geschlossen werden, denn es ist kein Grund zu sehen, warum der Verurteilte sich in dem genannten Zeitraum ohne die Folge des Widerrufs gesetzwidrig verhalten können soll. Er ist bereits belehrt über die Bedeutung der Aussetzung und zu einem ordentlichen Leben ermahnt. Wenn er dann trotzdem, noch vor dem endgültigen Abschluß seiner Sache, sich erneut verfehlt, so zeigt er sich uneinsichtiger als derjenige, der erst im Laufe der Bewährungszeit die Rechtsordnung wieder verletzt. Der Widerruf muß deshalb auch ihn treffen.

Damit ist die Ziffer 4 in zeitlicher Hinsicht insofern Auffangtatbestand, als sie ein Verhalten des Verurteilten vor Beginn der Bewährungsfrist, das nicht der Ziffer 1 unterfällt, erfaßt.

4. Die objektiven Voraussetzungen

Die Aussetzungsanordnung läßt zwischen dem Verurteilten und dem Staat ein besonderes Pflichtenverhältnis entstehen. Verpflichtet ist der Verurteilte, der sich, will er die Sanktion des Widerrufs vermeiden, in bestimmter Weise verhalten muß. Inhalt seiner Verpflichtung ist auf der einen Seite, daß er die für alle geltenden Befehle des Rechts erfüllt, auf der anderen Seite, daß er besonderen, an ihn speziell gestellten Anforderungen (Auflagen)²²⁵⁾ nachkommt. Dem entsprechen die Widerrufsgründe.

224) Das Folgende ist z. T. bereits oben S. 37 behandelt; es sind die Fälle, bei denen zweifelhaft ist, ob sie bei Bekanntwerden in der Rechtsmittelinstanz eine Druchbrechung des Verschlechterungsverbotes rechtfertigen

225) Vrij ZStW 66/218 (228 ff.)

Die Generalklausel der Ziffer 4 verlangt, daß der Verurteilte das in ihn gesetzte Vertrauen nicht gerechtfertigt hat. Welches Vertrauen gemeint ist, beantwortet das Gesetz in § 23 StGB. Absatz I verlangt vom Verurteilten gute Führung, Absatz II spricht von der Erwartung, daß der Verurteilte "unter der Einwirkung der Aussetzung in Zukunft ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen wird". Der Täter soll sich in die soziale und rechtliche Ordnung, aus der er sich durch seine Tat ausgeschlossen hat, wieder eingliedern. Er muß dazu die Mindestanforderungen erfüllen, die an jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft gestellt werden. Ziffer 4 regelt damit den Widerruf wegen Verstoßes gegen allgemeine Pflichten.

Dabei ist "gesetzmäßig" nicht zu verstehen als "nicht strafbar". Eine Bestrafung wegen einer Bagatellsache oder einer Fahrlässigkeitstat erfordert den Widerruf ebensowenig²²⁷⁾ wie ein Freispruch aus subjektiven Gründen ihn ausschließt²²⁸⁾. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob dem Rechtsverstoß zu entnehmen ist, daß der Täter der Rechtsordnung immer noch feindlich gegenüber steht.

Strafbarkeit ist mit objektiv schlechter Führung nur im Falle der Ziffer 2 gleichzusetzen. Hier hat der Gesetzgeber eine unwiderlegbare Vermutung aufgestellt, daß derjenige, der von einem inländischen Gericht wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu Freiheitsstrafe verurteilt wird, sich nicht wieder eingegliedert hat. Die Vorschrift hat gegenüber der Ziffer 4 einen begrifflich klaren Tatbestand; da er nur auf die Verurteilung, nicht auf die Tat abstellt, umfaßt er seinen Wortlaut nach auch das Verwaltungsrecht. Das hat zu Bedenken Anlaß gegeben.

227) Das ist nicht selbstverständlich; denn wenn Ziel der Aussetzung die Verschonung von der kurzzeitigen Freiheitsstrafe ist, so ist diese Zielsetzung überholt, wenn der Verurteilte wegen einer Bagatellsache (oder aber auch wegen einer fahrlässig begangenen Tat) einsitzen muß. Franz von Liszt, ZStW 10/81, hatte deshalb auch konsequent vorgeschlagen, die Aussetzung zu widerrufen, wenn der Täter innerhalb einer Frist von 3 Jahren nach Urteilsrechtskraft erneut zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird.

228) OLG Schleswig SchlHA 1956/121, OLG Stuttgart NJW 1964/1585 mit Anm. Dreher; abzulehnen ist LG Krefeld MDR 1965/221, wonach ein Verhalten, das bereits als Auflagenverletzung in einer anderen Aussetzungssache verwendet wurde, nicht nochmals herangezogen werden kann.

Das LG Saarbrücken²²⁹⁾ ist der Ansicht, Ziffer 2 stelle nur auf die Herbeiführung kriminellen Unrechts ab. Die Strafaussetzung bezwecke nämlich Resozialisierung und Erziehung des Täters; gescheitert i.S. der Ziffer 2 sei sie erst, wenn ein sozial-ethisches Unwerturteil über sein Verhalten abgegeben werden könnte. Dies erlaube aber begangenes Verwaltungsunrecht nicht, weil es lediglich Ungehorsam gegen einen Verwaltungsbefehl, gegen die zeit- und systemgebundene Staatstätigkeit, sei²³⁰⁾. Stattdessen will das Gericht solches Unrecht im Rahmen der Ziffer 4 würdigen.

In letzterem verdient diese Ansicht Zustimmung. Auch Verwaltungsunrecht ist gesetzwidriges Verhalten; daß es kein kriminelles Verhalten ist, macht Ziffer 4 nicht unanwendbar, weil hier, wie schon das Merkmal "geordnetes Leben" zeigt, das gesamte Verhalten des Verurteilten angesprochen ist. Ziffer 2 als die *lex specialis* zu Ziffer 4 müßte, wenn das Landgericht Recht hätte, eine Spezialisierung dahin enthalten, daß Verhaltensweisen, die die Ziffer 4 noch umfaßt, ausgeklammert sind und eine Verengung nach der Art des Verhaltens geregelt ist. Hieran fehlt es aber; Ziffer 2 differenziert nur nach der Art der von einem anderen Gericht ausgesprochenen Sanktion und nach der gesetzlichen Einstufung als Vergehen oder Verbrechen sowie nach dem Vorsatz. Das Landgericht erkennt diesen Zusammenhang von Ziffer 4 und Ziffer 2, wenn es meint, Ziffer 2 verlange ein sozial-ethisches Unwerturteil, Ziffer 4 dagegen nicht. Das Unwerturteil ist vielmehr in beiden Fällen das gleiche, nämlich, daß der Täter nicht besserungsfähig ist. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber dadurch, daß er bestimmtem Verwaltungsunrecht die Qualifikation als Vergehen mit Gefängnis als Regelstrafe gab, zum Ausdruck gebracht hat, daß er in der Hauptsanktion eine Gleichstellung zum kriminellen Unrecht für angemessen hält. Hieraus muß geschlossen werden, daß auch bezüglich der Fernwirkung solcher Strafen kein Unterschied gemacht werden soll, wenn nichts anderes bestimmt ist. Der-

229) Justizblatt des Saarlandes 1965/31; ein wegen fahrlässiger Tötung (Verkehrsunfall) unter Aussetzung verurteilter Tunesier war wegen Verstoßes gegen ein Aufenthaltsverbot nach § 13 Abs. II Ausländerpolizeiverordnung zu 3 Wochen Gefängnis verurteilt worden. Auch der Fall OLG Neustadt NJW 1959/915, s. auch unten S. 78 hat ähnliche Problematik

230) a. A. Schwarz-Dreher § 25 Anm. 4

Richter darf sich über diese Wertung nicht hinwegsetzen. Abhilfe kann hier nur der Gesetzgeber schaffen, indem er die Vergehenstatbestände bei Verwaltungsunrecht auf die schwersten Verstöße beschränkt.

Ziffer 3 der Widerrufsgründe schließlich behandelt den Verstoß gegen die besonderen Pflichten, die dem Täter durch Auflagen aufgegeben werden. Das Merkmal "gröblich" zeigt hier an, daß der Verstoß, gemessen an der Erfüllung der Auflagen, einen nicht unerheblichen Grad an Schwere erreicht haben muß.

5. Die Vorwerfbarkeit

Verwirklicht der Proband objektiv einen der Widerrufstatbestände, so fragt es sich, ob schon damit die Strafaussetzung rückgängig gemacht werden muß, oder ob hinzutreten müssen Momente einer besonderen Vorwerfbarkeit dieses Verhaltens. Im einzelnen ist hier zu unterscheiden:

a) Das Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit

Begeht der Verurteilte in der Bewährungszeit eine Straftat als Unzurechnungsfähiger im Sinne von § 51 Abs. I StGB, so bleibt die primäre staatliche Reaktion, die Strafe, aus. Die weitere Reaktion, der Widerruf der früher ausgesetzten Strafe, scheint jedoch möglich zu sein, denn der Proband hat kein gesetzmäßiges Leben geführt. Er hat objektives Unrecht gesetzt und sich nicht wieder in die Rechtsgemeinschaft eingegliedert. Eine gute Führung hat er nicht gezeigt, das Ziel der Aussetzung wurde nicht erreicht. Deshalb wird von Dreher²³¹⁾ die Ansicht vertreten, der Widerruf sei in solchen Fällen möglich²³²⁾.

Der gegenteiligen Auffassung ist im Anschluß an Albrecht Mayer²³³⁾ das Kammergericht Berlin²³⁴⁾. Der Grundsatz, daß niemand ohne

²³¹⁾ Schwarz-Dreher § 25 Anm. 4

²³²⁾ Die Vollstreckung der Strafe könnte dann, wenn Geisteskrankheit die Ursache der Unzurechnungsfähigkeit war, bis zur Heilung nicht erfolgen, § 455 Abs. I StPO

²³³⁾ DRiZ 1958/24

²³⁴⁾ JR 1965/234

Schuld bestraft werden dürfe, gelte entsprechend auch für die Anordnungen über die Strafvollstreckung. Auch bei diesen dürfe niemand Rechtsnachteile für ein Verhalten erleiden, für das er nicht verantwortlich sei. Die Gleichbehandlung der Anordnung einer Strafe und einer Vollstreckung, die das Kammergericht vornimmt, hat schon deshalb viel für sich, weil der Vorwurf, der dem Täter im Rahmen des durch die Strafaussetzung begründeten Pflichtverhältnisses gemacht werden könnte, identisch ist mit dem, der die Bestrafung begründen würde, nämlich, daß er gegen die von jedermann zu achtenden Gesetze verstoßen hat. Deutlicher aber noch spricht für sie, daß es in § 23 Abs. II StGB heißt, der Verurteilte müsse "unter Einwirkung der Aussetzung" ein gesetzmäßiges Leben erwarten lassen. Das Gesetz erhofft künftiges Wohlverhalten nicht allein auf Grund der moralischen Kräfte des Angeklagten - die ja schon einmal versagt haben -, sondern nur zusammen mit den besonderen Wirkungen und Anordnungen der Aussetzung; zusammen mit der Mißbilligung der Tat durch die Verurteilung, der Belehrung des Gerichts, der Drohung mit der Vollstreckung, der Einflußnahme durch Auflagen sowie der Aussicht des endgültigen Straferlasses soll dies erreicht werden. Nur, wenn trotz dieser besonderen Einwirkungen, die an Eindringlichkeit die allgemeinen Verbotsnormen weit übertreffen, der Täter immer noch kein gesetzmäßiges Leben führt, muß der Widerruf erfolgen. Wird der Proband unzurechnungsfähig, so hört diese Einwirkung bei ihm auf. Ebenso wenig, wie er das Unerlaubte seiner Handlung einzusehen oder danach zu handeln in der Lage ist, erkennt er noch die Anforderungen, die mit der Strafaussetzung an ihn gestellt sind oder vermag, ihnen zu entsprechen. Damit fehlt es aber am Merkmal eines aussetzungswidrigen Verhaltens "unter Einwirkung der Aussetzung"²³⁵⁾.

- 235) Die Lösung dieser Fälle bereitet weiter Schwierigkeiten, da auch die Voraussetzungen für den Straferlaß (Bewährung, § 25 Abs. I StGB) nicht vorliegen. Dadurch, daß der Gesetzgeber die Alternativen Entscheidungen Widerruf und Erlaß an verschiedene Voraussetzungen geknüpft hat, ist eine Lücke entstanden (so Albrecht Mayer a. a. O.). § 78 Abs. II E 1962 schließt diese Lücke durch die Formulierung: "Sind die Voraussetzungen des Widerrufs nicht erfüllt, so erläßt das Gericht die Strafe ...". Auch für die geltende Regelung wird man, da auch hier das Hauptgewicht bei den Widerrufsgründen liegt, so entscheiden müssen

Weitere Voraussetzung für den Widerruf ist demnach, daß der Verurteilte bei der Verwirklichung von Widerrufsgründen zurechnungsfähig ist^{235a)}.

b) Die Kenntnis der Aussetzung

Das Merkmal "unter Einwirkung der Aussetzung" gibt auch die Lösung für die Frage, ob der Widerruf erfordert, daß der Proband bei seinem Fehlverhalten die Aussetzung kennt. Diese Kenntnis ist in aller Regel gegeben; sie kann aber dann fehlen, wenn der Betroffene die Gerichtsentscheidung noch nicht erfahren hat, z. B. in den Fällen, in denen die Hauptverhandlung gegen Abwesende stattfindet (§§ 231 Abs. II - 233 StPO) oder in denen die Aussetzung durch ersatzweise zugestellten, rechtskräftig gewordenen Strafbefehl ausgesprochen wird.

Rein begrifflich gesehen erfordert die Generalklausel der Ziffer 4 solche Kenntnis nicht, denn Vertrauen kann man auch in jemanden setzen und sich später darin enttäuscht sehen, ohne daß dieser es weiß. Der Bezug auf § 23 Abs. II Satz 2 StGB stellt aber klar, daß hier nur ein dem Betroffenen bekanntes Vertrauen gemeint ist. Die Strafrechtspflege nimmt mit der Aussetzung keine nur beobachtende und abwartende Stellung ein, sondern sie will die Abwehrkräfte des Gestrauchten mobilisieren. Dazu ist erforderlich, daß dieser um die an ihn gestellten Anforderungen weiß²³⁶⁾. Konsequenz dieser Auffassung ist, daß ein Täter, der in der oben geschilderten Weise rechtskräftig verurteilt ist und vor Kenntnisnahme dieser Entscheidung neue schwere Straftaten begeht, weiterhin den Vorteil der Aussetzung behält.

Diese Lösung kann sich auch auf die Entscheidung BGHSt 9/370 (384) stützen. Hier ist zu der Frage, ob als Ausnahme von § 23 Abs. III Nr. 2 StGB innerhalb einer laufenden Bewährungszeit eine neuerliche Strafaussetzung zuerkannt werden könne, entschieden, dies sei dann möglich, wenn der Täter von der früheren Strafaussetzung keine Kenntnis gehabt habe. Die Vorschrift wolle die nochmalige Begünstigung desjenigen verhindern, der sich die erste Strafaussetzung nicht zur Lehre

235a) Der Widerruf ist auch ausgeschlossen, wenn der Verurteilte nach §§ 52/54 StGB entschuldigt ist

236) Das Gesetz schreibt deshalb auch zwingend eine Belehrung vor, §§ 268 a Abs. II und 453 a StPO, die von einem Richter oder vom Leiter der Vollzugsbehörde vorgenommen werden muß, OLG Celle MDR 1958/623 = NJW 1958/1009

habe dienen lassen. Eine solche Einstellung lasse sich aber aus neuem strafbaren Verhalten des Täters nur dann folgern, wenn der Täter die Aussetzung gekannt und damit unter ihrer Einwirkung gestanden habe²³⁷⁾. Da dieses Urteil des BGH davon handelt, ein Verhalten innerhalb einer Bewährungszeit zu werten, wird man die Entscheidung, dies sei nur bei Kenntnis des Täters von der Aussetzung möglich, auch auf die Widerrufsfälle beziehen dürfen²³⁸⁾.

Weitere Voraussetzung eines Widerrufs ist deshalb, daß der Täter die Aussetzungsanordnung gekannt hat.

c) Das Bewußtsein der Aussetzungswidrigkeit

Kennt der Täter das Faktum der ihm gewährten Strafaussetzung, so ist weiter zweifelhaft und streitig, ob darüberhinaus als Widerrufs-voraussetzung gefordert werden muß, daß er in dem Bewußtsein handelte, sein Tun werde den Widerruf herbeiführen.

Das OLG Neustadt²³⁹⁾ hat hierzu den die Diskussion auslösenden Fall entschieden. Ein wegen eines Sittlichkeitsverbrechens unter Strafaussetzung verurteilter Ausländer hatte in der Bewährungszeit durch Ankauf geringer Mengen ausländischer Waren Zoll in Höhe von 65, -- DM hinterzogen. Er wurde deswegen zu drei Monaten Gefängnis verurteilt (vorsätzliches Vergehen einer gewerbsmäßigen Steuerhehlerei im Rückfall). Im Widerrufsverfahren gab er an, er habe geglaubt, daß Steuerstraftaten auf die Aussetzung der für ein Sittlichkeitsverbrechen verhängten Strafe überhaupt ohne Einfluß seien. Das OLG hat diesen Einwand für erheblich gehalten und ausgeführt, § 25 Abs. II Ziffer 2 StGB komme seinem Sinn nach zur Anwendung, wenn der Verurteilte durch die erneute Straffälligkeit gezeigt habe, daß er unbelehrbar sei. Das könne aber nur angenommen werden, wenn der Verurteilte wußte, die neue Straftat werde den Widerruf der Aussetzung zur Folge haben. Das OLG meint weiter, diese Auslegung entspreche der Rechtsprechung zur Bestrafung wegen Rückfalls (RGSt 54/274, BGH NJW 1952/230) und der oben besprochenen Entscheidung BGHSt 9/370 (384) zu § 23 Abs. III Nr. 2 StGB.

237) Zustimmend Schönke-Schröder § 23 Rdnr. 33, Kohlrausch-Lange § 23 Anm. VII, zweifelnd Schwarz-Dreher § 23 Anm. 2 A, bestätigt von BGH NJW 1964/1910

238) Ebenso Otto Helmut Schmitt NJW 1959/1332

239) NJW 1959/951; Anmerkung von Otto Helmut Schmitt NJW 1959/1332

Gegen diese Auffassung hat sich insbesondere Otto Helmut Schmitt gewandt; im Ergebnis stimmen ihm Schönke-Schröder²⁴⁰⁾ und H. W. Schmidt²⁴¹⁾ zu. Zutreffend weist Schmitt darauf hin, daß die vom OLG Neustadt angeführten Parallelfälle anders liegen. Dort nämlich sind dem Täter die Voraussetzungen des Rückfalls bzw. die Tatsache einer Strafaussetzung unbekannt. Er hat die Warnungen der Rechtsordnung noch gar nicht vernommen, weswegen ihn auch kein Vorwurf trifft, daß er ihnen nicht gefolgt ist. Im anstehenden Fall kannte der Täter die Aussetzung aber, er war auch allgemein belehrt worden. Sein Irrtum bestand lediglich in der Annahme, seine konkrete Straftat könne wegen ihres Charakters als Steuervergehen den Widerruf nicht auslösen. Schmitt sieht hierin einen Irrtum über den Umfang der Unrechtsfolgen für ein im übrigen als strafbar anerkanntes Verhalten, der nach einhelliger Auffassung unbeachtlich sei.

Das Problem hat nicht nur im Rahmen der Ziffer 2 Bedeutung, sondern es kann bei den übrigen Alternativen des Widerrufs wegen mangelnder Bewährung ebenso auftreten²⁴²⁾; glaubt der Verurteilte, Übertretungen oder fortgesetzter Müßiggang könnten den Widerruf nicht auslösen, so ist die Problemlage die gleiche. Zu ihrer Lösung muß man sich vergegenwärtigen, daß die Aussetzung den Betroffenen in ein besonderes Pflichtverhältnis gestellt hat²⁴³⁾; Verstöße gegen diese Pflichten, die inhaltlich meist über die für jedermann geltenden Rechtspflichten nicht hinausgehen, ziehen die besondere Folge des Widerrufs nach sich, wenn sie den Verurteilten als unbelehrbar und nicht gebessert erscheinen lassen. Hält sich der Verurteilte für nicht verpflichtet, so kann dieser Schluß aber nicht gezogen werden.

Danach ist zu unterscheiden. Meint der Proband bei seinem Verhalten (Übertretungen, Arbeitsscheu, Steuervergehen usw.), die Gerichte würden bei der Entdeckung nicht gleich mit dem Widerruf reagieren, erkennt aber das Aussetzungswidrige seines Tuns, so handelt er seinen besonderen Pflichten bewußt zuwider. Er zeigt sich unbelehrt. Sein Irrtum, der nur die Rechtsfolgen betrifft, ist unbeachtlich. Glaubte er dagegen, seine Handlung widerspreche nicht dem besonderen Pflichtenverhältnis, sondern hält er sie für in dieser

240) § 25 Rdnr. 7

241) SchlHA 1963/110, unentschieden Schwarz-Dreher § 25 Anm. 4

242) A. A. das OLG Neustadt a. a. O.

243) Siehe oben S. 72 u. 73

Beziehung neutral, so fehlt es an einem bewußten Hinwegsetzen über den staatlichen "Anspruch" auf gute Führung. Auf eine Unbelehrbarkeit kann nicht geschlossen werden, weil die Belehrung oder Warnung nicht auf die konkrete Tat bezogen wurde.

Von der Auffassung O. H. Schmitts unterscheidet sich diese Lösung dadurch, daß die irrige Vorstellung des Verurteilten nicht innerhalb des Verhältnisses der allgemeinen Verbotsnorm zum Bürger gesehen wird - hier bezieht sie sich, da der Täter das Verbotswidrige seiner Tat kennt, tatsächlich nur auf Rechtsfolgen, sondern innerhalb des besonderen Pflichtenverhältnisses der Strafaussetzung. Hier kann die Annahme, der Widerruf werde nicht erfolgen, einmal darauf beruhen, daß der Täter die besondere Pflicht zu guter Führung erkennt - das entspricht dem Verbotsirrtum -, oder daß er trotz erkannter Aussetzungswidrigkeit handelt, was einem Rechtsfolgenirrtum gleichkommt.

Diese Betrachtungsweise des Irrtums rechtfertigt sich damit, daß der Widerruf keine unmittelbare Deliktsfolge des neuerlichen strafbaren Verhaltens ist; sonst müßte er auch im deswegen durchgeführten Strafverfahren ausgesprochen werden. Vielmehr ist dieses nur ein unwiderlegliches (Ziffer 2) oder widerlegbares (Ziffer 4) Anzeichen dafür, daß der Proband sich nicht gut geführt hat. Die objektiv schlechte Führung sagt aber über die Verbesserungsfähigkeit des Probanden nichts aus, wenn dieser sie nicht als schlecht erkannte. Die Persönlichkeitswürdigung, die sowohl bei der Aussetzungsanordnung als auch bei der Widerrufsentscheidung im Vordergrund steht, nötigt deshalb zu der Annahme, daß der Proband das Aussetzungswidrige seines Tuns erkannt haben muß.

Eine solche Kenntnis ist in aller Regel vorhanden. Insbesondere dann, wenn das neue Verhalten eine Straftat ist, kann man sich kaum vorstellen, daß der Proband nicht weiß, daß er die Pflichten aus der Aussetzung verletzt. Denn die Einsicht, daß es nicht in Ordnung sein kann, wenn man wieder als Angeklagter vor dem Gericht erscheinen muß, welches für diesmal noch Milde hat walten lassen, ist so nahe-²⁴⁴⁾ liegend, daß sie sich jedem Intelligenzgrad mitteilen dürfte.

244) Die Umstände im Falle des OLG Neustadt waren denn auch besonders: der der deutschen Sprache kaum mächtige Angeklagte machte glaubhaft, er habe die Belehrung falsch verstanden und die Erklärung des Vorsitzenden, eine anhängige Steuerstraftat habe mit der jetzigen Aussetzung nichts zu tun, aufgefaßt in dem Sinne, daß solche Straftaten für die Aussetzung überhaupt keine Bedeutung hätten

Das Problem wird deshalb nur in ganz wenigen Ausnahmefällen von Bedeutung sein.

d) Die Möglichkeit der Auflagenerfüllung

Erfüllt der Verurteilte die Auflagen nicht und sind die vorstehenden Merkmale einer Vorwerfbarkeit gegeben, so kann der Widerruf, anders als bei Verstößen gegen die allgemeinen Pflichten aller Rechtsgenossen, nicht allein hierauf gestützt werden. Denn hat der mit einer Geldbuße Beschwerte kein Geld oder findet derjenige, der seinen Arbeitsplatz wechseln soll, keine neue Arbeitsstelle, so zeigt er damit noch nicht, daß er nicht besserungsfähig ist. Hinzutreten muß deshalb ferner, daß dem Verurteilten die Erfüllung der Auflage nach den ihm zumutbaren Anstrengungen möglich war. Nur dann kann geschlossen werden, daß der Verurteilte nicht guten Willens ist und deshalb keinen Straferlaß verdient.²⁴⁵⁾

IV. Der Zeitpunkt des Widerrufs

Die Frage, wann der Widerruf der Strafaussetzung erfolgen kann, ist in der Vielzahl der Fälle nicht problematisch; während der Bewährungszeit, die mit Urteilsrechtskraft beginnt, ist der Widerruf zulässig. Zweifel bestehen jedoch über den frühest möglichen (unter a)) und über den zulässigen spätesten Zeitpunkt (unter b)).

- a) Für eine schon vor der Rechtskraft des Urteils bestehende Widerrufs-möglichkeit treten Müller-Sax (KMR)²⁴⁶⁾, Jagusch²⁴⁷⁾ und Schäfer²⁴⁸⁾ ein. Schon während des Rechtsmittelverfahrens soll der Widerruf,

245) Einhellige Meinung, OLG Nürnberg GA 62/91, OLG Oldenburg NW 1961/1368, OLG Hamm GA 59/59, Schönke-Schröder § 25 Rdnr. 8, Kohlrausch-Lange § 25 Anm. II, Leipziger Kommentar § 25 Anm. 2, Maurach I S. 746, Schulze NW 1957/774

246) § 331 Anm. 4 c

247) Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 7

248) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 25 Anm. 3

unter Umständen auch gleich von der höheren Instanz²⁴⁹⁾, ausgesprochen werden können. Die Gegenansicht²⁵⁰⁾ geht auf ein Urteil des OLG Hamm²⁵¹⁾ zurück, in dem ausgeführt ist, widerrufen werden könne nur eine bereits wirksame Entscheidung. Erfolge der Widerruf früher, so werde ihm der Boden entzogen, falls das weitere Rechtsmittelverfahren mit einer Verurteilung zu Geldstrafe oder Freispruch ende. Das aber sei unerwünscht.

Begrifflich setzt ein Widerruf zwar keine wirksame, d. h. unanfechtbare Entscheidung voraus; erforderlich ist lediglich überhaupt eine Aussetzungsanordnung. Ein Anhaltspunkt dafür, daß das Gesetz von einer nicht mehr anfechtbaren Entscheidung ausging, ergibt sich aber aus § 453 StPO. In dieser Vorschrift wird unter dem Abschnitt "Strafvollstreckung" (der mit § 449: "Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind" beginnt) der Widerruf als "nachträgliche Entscheidung" behandelt. Das deutet darauf hin, daß auch § 453 wie die anderen Vorschriften des Abschnitts von der formellen Rechtskraft des Urteils ausgeht.

Auch die praktischen Folgen sprechen hierfür. Widerruft nämlich die erste Instanz, so entzieht sie damit einen Urteilsbestandteil der Überprüfung des Rechtsmittelgerichts. Das führt aber, da der Widerrufsbeschluß seinerseits auf sofortige Beschwerde²⁵²⁾ hin wieder aufgehoben werden kann, zur völligen Unsicherheit darüber, ob für das Rechtsmittelurteil von ausgesetzter oder nicht ausgesetzter Strafe auszugehen ist. Im übrigen kann sich der Widerruf als überflüssig erweisen, wenn das Rechtsmittelgericht zu einer nicht aussetzungsfähigen Strafe kommt oder freispricht.

Eine zeitliche Überschneidung von Rechtsmittel- und Widerrufsverfahren ist deshalb abzulehnen. Der Widerruf kann frühestens mit Eintritt der Urteilsrechtskraft erfolgen.

249) So Jagusch a. a. O. und Müller-Sax a. a. O., die darauf dann die weitere Folgerung aufbauen, das Verschlechterungsverbot hindere die Beseitigung der Aussetzung bei Vorliegen von Widerrufsgründen nicht, siehe oben S. 34 ff.

250) OLG Köln MDR 1956/759, Schönke-Schröder § 25 Rdnr. 4, Dreher-Maassen § 25 Anm. 2, Schwarz-Dreher § 25 Anm. 2, Schulze NJW 1957/772, H. W. Schmidt SchlHA 1963/109 (111)

251) NJW 1955/1000, siehe hierzu auch oben S. 32 u. 33

252) § 453 Abs. III Satz 3 StPO

- b) Zur Frage²⁵³⁾, wann der Widerruf spätestens vorzunehmen sei, ist von Jagusch die Meinung vertreten worden, dies müsse noch innerhalb der Bewährungszeit geschehen. Später dürfe der Verurteilte nach dem Sinn der Gesamtregelung nicht mehr darüber im Unklaren sein, ob vollstreckt werde oder nicht.

Diese Ansicht hat keine weiteren Anhänger gefunden. Das OLG Oldenburg²⁵⁴⁾ hat gegen sie ausgeführt, es sei nach ihr unmöglich, das Verhalten des Verurteilten während der ganzen Bewährungszeit zu würdigen, weil sich Handlungen unmittelbar vor dem Ende der Bewährungszeit einer Beurteilung entzögen. Darüber hinaus spreche gegen Jagusch, daß der Erlaß der Strafe erst nach Bewährungszeitablauf verfügt werden könne (§ 25 Abs. 1 Satz 1 StGB); diese Entscheidung sei aber dann, da sie ja mangels einer Widerrufsmöglichkeit ergehen müsse, ohne jede eigene Bedeutung.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Die Ansicht von Jagusch führt praktisch zu einer Verkürzung der Bewährungszeit, für die das Gesetz keinen Anhaltspunkt bietet. Weiterhin gibt sie dem Widerrufsbeschuß und dem Erlaßbeschuß verschiedene Qualität. In Wirklichkeit sind diese Beschlüsse aber nur die gegensätzlichen Entscheidungsmöglichkeiten der gleichen richterlichen Tätigkeit, nämlich der Beurteilung der Bewährung. Da der Straferlaß erst nach Fristablauf erfolgen kann, so muß auch der Widerruf zu diesem Zeitpunkt noch möglich sein, andernfalls würde der Erlaß mit bloßem Fristablauf wirksam. Das aber hat der Gesetzgeber, der als Voraussetzung des Erlasses gerade die Bewährung aufführt, nicht gewollt. Der Erlaßbeschuß ist vielmehr eine Gestaltung des staatlichen Strafanspruchs.

Demgegenüber wiegt das Argument von Jagusch, die Ungewißheit, ob die Strafe vollstreckt werde, sei dem Verurteilten nicht zumutbar, nicht schwer genug. Sicherlich ist dies für den Verurteilten eine

253) Leipziger Kommentar § 25 Anm. 1; in einem Fall nach § 25 Abs. II Ziffer 2 StGB soll die rechtskräftige Verurteilung jedoch abgewartet werden können

254) NJW 1957/1372 = GA 1957/424 = MDR 1957/626 = JR 1957/389, ebenso LG Regensburg MDR 1957/180, KG JR 1958/189, OLG Schleswig SchlHA 1959/270, Schönke-Schröder § 25 Rdnr. 5, Schwarze-Dreher § 25 Anm. 2, H. W. Schmidt SchlHA 1963/109 (111), Kaiser NJW 1963/673

Belastung, jedoch eine, die die ordnungsgemäße Überwachung der Strafaussetzung notwendig mit sich bringt. Die Rechtslage des Verurteilten kann sich auch, da nach der hier vertretenen Auffassung Handlungen²⁵⁵⁾ nach Fristablauf nicht berücksichtigt werden dürfen, nicht zuungunsten des Betroffenen verschlechtern.

Ist der Widerruf nach Ablauf der Bewährungszeit damit möglich, so stellt sich die Frage, ob überhaupt keine zeitliche Grenze besteht, ob beispielsweise das Gericht nach zweijährigem Schweigen seit Fristende den Verurteilten mit dem Widerruf überraschen darf. Die Rechtsprechung hat hierzu angemerkt, der Widerruf müsse "unverzüglich"²⁵⁶⁾ oder "alsbald"²⁵⁷⁾ nach dem Ende der Bewährungsfrist erfolgen; als äußerste Grenze ist eine Frist von 6 Monaten bezeichnet worden.²⁵⁸⁾ Das OLG Hamm²⁵⁹⁾ hat einen Widerruf für unzulässig erklärt, der erst nach dem Ende der Vollstreckungsverjährung erfolgte²⁶⁰⁾. Außer dieser letzten Entscheidung, bei der der Widerruf ohnehin nicht die Vollstreckung hätte auslösen können, ist ein Beschluß, der einen Widerruf wegen Verspätung aufhebt, nicht bekannt.

Daß es eine zeitliche Grenze überhaupt geben muß, folgt einmal aus der Bedeutung, die der Beschluß über Erlass oder Widerruf für den Betroffenen hat. Schließlich muß man auch berücksichtigen, daß die Betroffenen - wenn auch fälschlicherweise - noch unter dem Druck der Vorstellung stehen, ihr jetziges Verhalten könne die Vollstreckung auch noch auslösen, so daß nicht nur Ungewißheit, sondern auch noch eine zusätzliche Belastung bestehen kann. Der Widerruf darf deshalb nicht länger als erforderlich hinausgeschoben werden.

Eine starre zeitliche Grenze wird man aber nicht festlegen können mit der einen Ausnahme, daß die Vollstreckungsverjährung noch

255) Siehe oben S. 68 ff.

256) LG Regensburg MDR 1957/180

257) OLG Oldenburg NJW 1957/1372, KG JR 1958/189

258) OLG Schleswig SchlHA 1959/270 und KG a. a. O.,
ähnlich auch Schönke-Schröder § 25 Rdnr. 5

259) JMBl NRW 1962/33

260) Die Vollstreckungsverjährung ruht nur während der Bewährungszeit, nicht aber bis zum Widerrufsbeschluß,
§ 25 Abs. IV Satz 4 StGB

nicht eingetreten sein darf. Der Zeitpunkt des Widerrufs ist vielmehr vom Ende der für ihn notwendigen Ermittlungen, die von Fall zu Fall verschieden schwierig sind, abhängig. Wird der Beginn der Ermittlungen (z. B. Erholen einer neuen Strafliste oder eines Polizeiberichts, Befragung des Bewährungshelfers) aber verzögert, ihre Durchführung langsam betrieben oder nach ihrem Eingang nicht entschieden, so ist der Widerruf allerdings unzulässig, weil verspätet. Die Strafe muß dann erlassen werden.

LEBENS LAUF

Als drittes Kind des Bankdirektors Dr. Alwin Parchmann und seiner Ehefrau Aenne, geb. Hethey, wurde ich am 5. Mai 1940 in Darmstadt/Hessen geboren.

Im Anschluß an die Grundschule besuchte ich das neu-sprachliche Gymnasium in Ludwigshafen/Rhein, wo ich im Jahre 1959 das Abitur ablegte. Darauf leistete ich einen einjährigen Militärdienst bei der Bundeswehr ab. Seit dem Sommer 1960 studierte ich an der Universität München Rechtswissenschaft; dort bestand ich im Juli 1964 die erste juristische Staatsprüfung.

Seit Oktober 1964 bin ich Referendar in München.

